GACETA JUDICIAL

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

(Siete Partidas: Partida 1a, Título I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:

JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LIX BOGOTA - COLOMBIA - ABRIL, MAYO, JUNIO DE 1945 NUMEROS 2019-2020-2021

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1900 DE 8 DE AGOSTO DE 1945

Habiendo expedido el Congreso Nacional la Ley 29 del 15 de diciembr de 1945, sobre prensa, que reglamentó íntegramente la materia sobre que versa el decreto acusado y que lo derogE por medio del artículo 59 de esa ley, desapareció la sujeta materia de la acusación.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, dice de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El doctor Francisco José Ocampo, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 149 de la Constitución, pidió, en escrito presentado el 17 de agosto último, que es declare inexequible, en su totalidad, el Decreto Legislativo número 1900, de 8 del mismo mes, "por el cual se dictan disposiciones sobre prensa", expedido por el Presidente de la República "en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 117 de la Constitución Nacional, y teniendo en cuenta que el país se encuentra en estado de guerra exterior".

El decreto lleva, además de la firma del Presidente, las de todos los Ministros.

El demandante hizo una larga exposición tendiente a demostrar la inconstitucionalidad del decreto y señaló como violados por éste los artículos 36, 37 —ordinal 3º—, 52, 54, 97, 100 y 117 de la Carta.

Dado el libelo en traslado al señor Procurador General de la Nación, para que emitiera concepto, ese alto funcionario, mediante un estudio detenido, en que analizó el decreto por todos sus aspectos, llegó a la conclusión de que no es "tiránico y liberticida, como dice el demandante", sino que "es, por el contrario, la ley que desarrolla a cabalidad el principio de que la prensa es libre, pero responsable cuando atente contra la honra de las personas, el orden social o la tranquilidad pública que consagra nuestro estatuto fundamental" y solicitó que no se acceda a las peticiones de inexequibilidad formuladas en la demanda.

Para resolver se considera:

Con motivo de los graves sucesos del 10 de julio del año próximo pasado, el Gobierno dictó el

Decreto Legislativo número 1632, de la indicada fecha, "por el cual se declara turbado el orden público ento do el territorio nacional", y posteriormente expidió el Decreto Legislativo acusado, número 1900, apoyándose para ello en los artículos 36, 113, ordinal 8º, y 117 del Estatuto.

Este último decreto fue tachado de inconstitucionalidad, como se ha dicho, el 17 de agosto de aquel año, por el doctor Francisco José Ocampo, pero como sucede que el Congreso Nacional expidió más tarde la Ley 29, del 25 de diciembre, publicada en el número 25.729 del **Diario Oficial,** "por la cual se dictan disposiciones sobre prensa", ley que reglamentó íntegramente la materia, que rige desde su sanción y que en su artículo 59 derogó expresamente el referido Decreto número 1900, siguiendo la jurisprudencia reiteradamente sostenida por la Corte, no es el caso de entrar a hacer un estudio de fondo, por haber desaparecido la sujeta materia de la acusación.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en uso de la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional y oído el señor Procurador General de la Nación, decide que en el presente asunto no hay materia sobre la cual fallar.

Dése cuenta al señor Ministro de Gobierno.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Ricardo Hinestrosa Daza — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Miguel Arteaga H. Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Isaías Chaves—Víctor Cock—Jorge Gutiérrez Gómez — Liborio Escallón — Ricardo Jordán J.—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º, 3º Y 4º DE LA LEY 35 DE 1943. DIFERENCIA ENTRE PRIVILEGIO Y PREFERENCIA

El privilegio es una gracia o perrogativa que concede el superior, exceptuando a uno de una carga o gravamen, o haciéndole el favor de una exención de que no gozan otros; o, también la disposición legal por la cual se otorga a una sola persona —física o moral— un derecho especial, distinto del que confiere la ley común y más o menos permanente. Y preferencia es primacía o ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento; o, asimismo, elección de una persona o cosa entre varias, o inclinación favorable o predilección hacia ella. Son, pues, voces de muy distinta acepción y que difieren entre sí notablemente, tanto o más como la palabra privilegio difiere del vocablo monopolio, por el cual se entiende un aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, o bien el derecho de un solo individuo o de una sola entidad a explotar exclusivamente una industria o a prestar en la misma forma determinados servicios.

La ley acusada (artículo 19) emplea ciertamente la dicción "preferencia", de muy distinto significado, como ya se vio, del que revela el sustantivo "privilegio". Pero no es esa la cuestión, como lo ha creído la Procuraduría. Ella estriba en saber cómo debe entenderse la expresión de que el Departamento de Nariño tendrá, por el término de cuatro años, un DERECHO PREFERENCIAL AL DE TODA OTRA PERSONA para presentar al Gobierno Nacional propuesta o propuestas de contratos, etc. En el caso que la Corte tiene a su estudio ninguna otra interpretación le cabe al artículo 1º de la Ley 35 de 1943, que la de haber establecido una situación privilegiada para el Departamento de Nariño con respetco al derecho de hacerle propuestas al Gobierno para la explotación de las solfataras de Cumbal, Azufral, Galeras, Doña Juana y demás yacimientos de azufre de propiedad nacional que se encuentran dentro del territorio de dicho departamento. Ahora bien, el legislador no puede autorizar que X, persona natural o jurídica, tenga superioridad, es decir, una situación de favor para desalojar a los demás del simple derecho de brindar su capacidad de trabajo. Pues si se admite que alguien queda facultado legalmente en esa forma, no hay otra conclusión que reconocer que se le ha hecho objeto de un privilegio. Y no procede alegar en contrario que, por tratarse de bienes fiscales de la Nación, el Legislador está constitucionalmente facultado para fijar las normas propias para la debida utilización de tales bienes, ya que no obstante subsistir en general las normas de los citados artículos 4º y 110 del Código Fiscal y 12 de la Ley 52 de 1931 sobre la calidad de contratables, en concesión, de las minas de azufre a que se refiere la presente controversia, tal concesión, según las disposiciones acusadas, sólo podrá darla el Gobierno Nacional, en forma privilegiada, al Departamento de Nariño. Y si esto es así, como la Corte lo ve y lo deduce, los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1943 violan una norma constitucional (artículo 27) en que se prohíbe otorgar privilegios, salvo cuando éstos se refieran a inventos útiles o a vías de comunicación, caso que no es el de las solfataras tantas veces mencionadas.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, abril dos de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez).

El doctor Eustorgio Sarria, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 149 de la Constitución Nacional, y en demanda presentada el diez de octubre último, ha acusado como violatorios de la Carta los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1943, los cuales deben —conforme a su petición— ser declarados inexequibles por esta suprema entidad judicial.

A la demanda se le dio el trámite previsto en la Ley 96 de 1936, habiéndose obtenido el concepto del señor Procurador General de la Nación, quien es opuesto a que se haga la declaración solicitada, por razones que más adelante se verán.

Los textos acusados de la Ley 35 de 1943, dicen: "Artículo 1º El Departamento de Nariño tendrá, por el término de cuatro años, a partir de la vigencia de esta ley, derecho preferencial al de toda otra persona para presentar al Gobierno Na-

cional propuesta o propuestas de contratos, para la explotación de las solfataras de Cumbal, Azufral, Galeras, Doña Juana y demás yacimientos de azufre de propiedad nacional que se encuentren dentro del territorio de dicho Departamento".

"Artículo 3º El Departamento de Nariño podrá explotar directamente las concesiones que obtenga según el artículo 1º de esta ley, o celebrar negociaciones con terceros para realizar tal explotación; pero en este último caso, el Departamento conservará por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones de las empresas o sociedades que al efecto se organicen o establezcan".

"Artículo 4º La participación nacional en los contratos que se celebren conforme a la presente ley, será de uno por ciento (1 %) del producto bruto explotado".

Aun cuando el demandante impugna las tres disposiciones que se acaban de transcribir, solamente argumenta en relación con la primera, diciendo que viola el artículo 27 de la Constitución Nacional, cuyo texto es el que va a continuación:

"Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley.

"Sólo podrán concederse privlegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. (Artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910)".

Fundamentos de la demanda

Las razones que el actor ofrece para pedir que esta Corporación declare inexequible el artículo acusado, son las siguientes:

"1ª La norma constitucional que cito como violada por los preceptos legales acusados, únicamente permite el otorgamiento de privilegios cuando éstos se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. Así, la H. Corte, Sala de Casación en lo Civil, en sentencia de 20 de abril de 1938 (G. J. Nº 1934, pág. Nº 296) sentó la siguiente doctrina: "Antes de expedirse el Acto Legislativo número 3 de 1910, creador de un nuevo ordenamiento constitucional en el país, no existía un precepto que de manera precisa prohibiera a la Nación, los Departamentos y los Municipios otorgar privilegios. Antes bien, la Ley 149 de 1888, sobre Régimen Jurídico Estatal, facultaba a esas corporaciones para otorgarlos a nombre del Estado. Pero es el caso que el citado Acto Constitucional de 1910, en su artículo 4º, ordenó de manera taxativa que sólo podían concederse privilegios que se refieran a inventos o vías de comunicación. En forma tal que de manera general y sin distinción alguna quedaron claramente prohibidos los demás privilegios sobre obras o servicios públicos **o sobre explotaciones comerciales inherentes al Estado".** Posteriormente la misma Corte, en Sala Plena y en sentencia de 6 de septiembre de 1943, agregó: "La finalidad perseguida con el artículo 27 no fue otra que la de restringir la concesión de privilegios a dos puntos perfectamente definidos: los inventos útiles y las vías de comunicación, **prohibiendo toda otra concesión de privilegios que pudiera extenderse a cuestiones diferentes".**

"2ª Siguiendo a la misma Corte Suprema de Justicia, se tiene que el privilegio puede definirse así: "La gracia o prerrogativa que se concede a uno libertándolo de alguna carga o gravamen **o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros. Resalta de lo dicho que es de la esencia del privilegio constituír la gracia o beneficio exclusivo, que la Administración posee y que tiene en sus manos otorgar.**

"Viene a ser un atributo extraordinario o inherente a la existencia y a la misión del Estado, con miras predominantes al beneficio colectivo, y que el Poder Público puede ejercer directamente o por interpuesta persona, pero siempre en persecución del interés social **y dentro de la órbita señalada por el derecho público de la Nación".** (Sentencia de casación de 20 de abril de 1938, G. J. número 1934). Acogiendo, pues, tan autorizado concepto científico se tienen como características esenciales del privilegio estas dos: constitución de una gracia o beneficio; otorgamiento de un derecho de que no gozan las demás personas.

"3ª Los yacimientos de azufre de propiedad de la Nación, de que trata el artículo 199 de la Constitución Nacional, son bienes fiscales del Estado de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Código Fiscal Nacional, y su explotación sólo puede adelantarse mediante la celebración de los contratos previstos en los artículos 108 y 110 del mismo Código y su decreto reglamenta-

rio número 1054 de 1932. **Estas normas establecen un régimen de contratación que coloca a todas las personas, naturales o jurídicas, en un pie de igualdad para obtener del Estado la correspondiente concesión administrativa.** Tan cierto es esto que en el citado Decreto 1054, en sus artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 reglamenta lo relacionado con la presentación de las propuestas, la escogencia de una entre varias y la firma del contrato respectivo con el proponente escogido. Es decir, el Gobierno no puede contratar caprichosamente con determinada persona, sino que ésta debe sujetarse a un trámite previo que descarta la posibilidad de toda preferencia indebida. Y lo mismo sucede con los yacimientos de hidrocarburos, pues de no ser así, el Gobierno o el Organo Legislativo, podrían fácilmente colocar a determinadas personas en condiciones de privilegio, entregándoles para provecho exclusivo cuantiosas riquezas nacionales.

"4ª De conformidad con el artículo 73 del Código Civil las personas son naturales o jurídicas. El artículo 80 de la Ley 153 de 1887, otorga a los Departamentos, lo mismo que a la Nación y a los Municipios, la categoría de personas jurídicas.

"5ª Las disposiciones acusadas, entrañan, en mi concepto, un privilegio, como quiera que por medio de ellas se le otorga al Departamento de Nariño un derecho preferencial, por cuatro años, para hacer propuestas de contrato, y a la vez se le autoriza para subcontratar con particulares, rebajándosele la participación de la Nación del cinco por ciento, que rige para las demás personas natuales o jurídicas al uno por ciento. Es decir, con los términos de la Corte Suprema de Justicia, **se constituye a favor de dicha persona jurídica un derecho de que no gozan otros, una gracia o beneficio exclusivo.**

"6ª Al respecto, el informe de la Comisión del H. Senado que estudió el proyecto de ley, no deja duda alguna, cuando dice: 'Las minas de azufre, como muchas otras, están sujetas al régimen de las concesiones como el medio aconsejado de llevar adelante su explotación comercial; de consiguiente, cualesquiera personas pueden presentar ante el Ministerio de Minas la petición para que se les permita trabajarlas mediante un porcentaje señalado en leyes y decretos vigentes. Si esto es así, no vemos razón alguna para que este derecho que puede ser alcanzado por un particular no se lo reconozca en forma preferencial a Nariño que busca con el establecimiento de una empresa técnica, no sólo una nueva renta que vaya a fortalecer su hacienda, sino la manera de transformar el azufre en algunos de los múltiples productos utilizables en la industria y en la agricultura'. (**Anales del Senado**, número 44 de 21 de septiembre de 1943, pág. 370). Y esta situación privilegiada aparece con caracteres de mayor odiosidad si se considera que ella desplaza la justa y legal pretensión de quienes amparados en las normas del Código Fiscal y de su Decreto reglamentario número 1054 de 1932 invirtieron apreciable capital y esfuerzos para obtener una concesión administrativa que les permita la explotación económica de los yacimientos de azufre de que tratan las normas acusadas. (Véase certificado adjunto)".

El certificado a que alude la última parte del escrito del demandante, dice:

"El suscrito Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento de la anterior providencia y con vista del expediente respectivo, CERTIFICA: Sí es cierto que en este Ministerio cursa una solicitud de los señores **Fernando Mosquera, Francisco Montúfar** y **Francisco Carreras** para que se les otorgue en concesión la exploración y explotación de los yacimientos de AZUFRE situados en un globo de terrenos baldíos de mil doscientas (1.200) hectáreas de superficie, en la región del volcán Azufral, en el Municipio de Túquerres del Departamento de Nariño.—Bogotá, 9 de agosto de 1944.—**Carlos Arrieta**".

Concepto del Procurador General de la Nación

El Jefe del Ministerio Público, al contestar la demanda, opina que el artículo 1º de la Ley 35 de 1943 es "perfectamente constitucional", porque en esta ley no se concede ninguna clase de privilegio o monopolio, desde luego que el citado artículo no dice que dentro del territorio del Departamento de Nariño, nadie, fuera de ese departamento, puede explotar yacimientos de azufre. Hipótesis en la cual sí estaría bien encaminada la demanda.

Para más claridad, se copian a continuación las premisas en que descansa el corolario de la Procuraduría:

".....El concepto de preferencia hace nacer la idea de primacía o de ventaja que se da a una persona o cosa sobre otra, de manera que es un concepto esencialmente relativo; para que pueda hablarse de preferencia es necesario que se esté en presencia de varias personas o cosas.

"Por tanto, cuando la Ley 35 concedió al Departamento de Nariño un derecho preferencial para presentar propuestas de explotación, lo único que hizo fue imponer al Gobierno la necesidad de preferir a ese Departamento, cuando quiera que sobre un mismo yacimiento concurriera con otras personas o entidades en demanda de solicitud de celebración de un contrato. Pero es claro, y así hay que entenderlo, que esa preferencia debía hacerse siempre que los demás proponentes y el Departamento estuvieran en igualdad de condiciones, cuando tanto el Departamento proponente como los otros interesados realicen las condiciones de que trata el artículo 19 del Decreto 1054 de 1932.

"Porque sería un absurdo pretender que por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 35 de 1943 bastara con que el Departamento de Nariño hiciera una propuesta, lisa y llanamente, sin llenar ninguno de los requisitos indicados en el Decreto 1054, para que por ese solo hecho el Gobierno hubiera de preferirlo. A lo sumo lo que puede significar ese derecho preferencial es que el Gobierno puede proceder con más benignidad respecto de aquél, pero en ningún caso que pueda desentenderse de los demás requisitos exigidos para los demás proponentes".

Considera la Corte

Se acaba de ver que para la Procuraduría el problema se resuelve marcando la diferencia que existe entre los términos "privilegio" y "preferencia", especialmente, y en la relación de éstos con la palabra "monopolio".

El privilegio es una gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando a úno de una carga o gravamen, o haciéndole el favor de una exención de que no gozan otros; o, también, la disposición legal por la cual se otorga a una sola persona —física o moral— un derecho especial, dstinto del que confiere la ley común y más o menos permanente.

Y preferencia es primacía o ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento; o, asimismo, elección de una persona o cosa entre varias, o inclinación favorable o predilección hacia ella.

Son, pues, voces de muy distinta acepción y que difieren entre sí notablemente, tanto o más como la palabra privilegio difiere del vocablo monopolio, por el cual se entiende un aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, o bien el derecho de un solo individuo o de una sola entidad a explotar exclusivamente una industria o a prestar en la misma forma determinados servicios.

Hay, en consecuencia, que convenir en que está en lo cierto la Procuraduría cuando aboga porque se marque la diferencia que separa las dos palabras mencionadas anteriormente; e igualmente debe admitirse que quien prefiere es porque ha escogido previamente, o sea, que en el concepto de preferir va envuelto el fenómeno de la concurrencia. Esto es claro.

Véase ahora si son exactas las afirmaciones del demandante cuando sostiene que la Ley 35 de 1943 (artículo 1º) ha conferido un verdadero privilegio.

Lo primero que hay que fijar es lo siguiente: a) las minas de azufre, carbón, hierro, petróleo, asfalto ,etc., descubiertas o que se descubran en terrenos baldíos y en los que con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, son bienes fiscales del Estado (artículo 4º, Ley 110 de 1912); y b) estas minas —con excepción de las de petróleo— pueden explotarse por medio de contratos que al efecto celebre el Gobierno (artículo 110 ibídem).

Por otra parte, el Decreto 1054 de 1932, reglamentario de los dos artículos citados, indica cómo deben presentarse las propuestas de contrato (especificación de nombre y apellido, nacionalidad, domicilio o vecindad de los proponentes, del Municipio o Municipios y del Departamento, Intendencia o Comisaría a que pertenezcan los terrenos que son materia de la oferta de la explotación, linderos, etc.), y los modos de proceder cuando sean varias las personas o entidades que deseen el mismo fin. En este particular dicen los artículos 18 y 19 del Decreto:

"Artículo 18. En el caso de que se presenten varias propuestas para contratar la explotación de las mismas minas o yacimientos en una misma área, el Ministerio de Industrias dictará una resolución en la cual, con aplicación de las reglas que se dan en el artículo siguiente, declarará con cuál de los proponentes debe continuarse la tramitación del negocio, por haberlo escogido para tal efecto el Ministerio.

"Artículo 19. En el caso de que se presenten varias propuestas sobre un mismo terreno, el Mi-

nisterio de Industrias escogerá, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presentación de la primera propuesta, con cuál de los proponentes debe adelantarse la tramitación del negocio, teniendo en cuenta cuál fue el primer proponente, la calidad de los estudios técnicos presentados, las mayores ventajas que se ofrezcan a favor del Estado, la condición de propietario del suelo, la calidad de colono o cultivador, así como también la capacidad financiera de los proponentes y garantía en la eficacia de la explotación".

La ley acusada (artículo 1º) emplea ciertamente la dicción "preferencia", de muy distinto sigsificado, como ya se vio, del que revela el sustantivo "privilegio". Pero no es esa la cuestión, como lo ha creído la Procuraduría. Ella estriba en saber cómo debe entenderse la expresión de que el Departamento de Nariño tendrá, por el término de cuatro años un **derecho preferencial al de toda otra persona** para presentar al Gobierno Nacional propuesta o propuestas de contratos, etc.

Este "derecho preferencial al de toda otra persona", que desplaza la posibilidad de la competencia, no constituye, en buen romance, una privilegio? ¿Porque, qué otra cosa significa "tener derecho preferencial sobre los otros", sino gozar de una ventaja de que los demás carecen porque se les niega por anticipado?

No es aconsejable, por lo tanto, dejarles a las palabras la tarea de solucionar este problema, cuando lo que ellas descubren en la combinación de las frases, traduce un pensamiento que se aparta de su natural y obivia significación. Y es así, porque en el caso que la Corte tiene a su estudio, ninguna otra interpretación le cabe al artículo 1º de la Ley 35 de 1943, que la de haber establecido una situación privilegiada para el Departamento de Nariño con respecto al derecho de hacerle propuestas al Gobierno para la explotación de las solfaturas de Cumbal, Azufral, Galeras, Doña Juana y demás yacimientos de azufre de propiedad nacional que se encuentren dentro del territorio de dicho departamento.

Porque esta ley no revela que esa preferencia sea el fruto de haber escogido al Departamento de Nariño como contratista, entre otros, en igualdad de condiciones, sino que de hecho se elimina a cualquier otro proponente. Y entonces, el artículo debe leerse, lógicamente, así: "Sólo el Departamento de Nariño podrá presentarle al Gobierno propuesta o propuestas de contratos"..."

Es verdad que el Gobierno podía y puede contratar, sin obtener siquiera la aprobación del Congreso, directa y únicamente con la persona o entidad que escoja, con tal de ajustarse a los requisitos del artículo 110 del Código Fiscal, o sean:

"a) Que la duración del contrato no exceda de treinta años;

b) Que a su expiración quéden de propiedad del Estado, a título gratuito, las carreteras, ferrocarriles, tranvías, cables aéreos, máquinas, aparatos, y en general, todos los medios de transporte y elementos de explotación empleados por el empresario o empresarios; y

c) Que el beneficio que el Estado reporte de la explotación no baje del quince por ciento". (Hoy del cinco por ciento, según la modificación del artículo 12 de la Ley 52 de 1931) "del producto bruto de la empresa".

¿Pero será permitido que en una ley se consagre una excepción que envuelve necesariamente un privilegio? ¿Podrá el legislador autorizar que X, persona natural o jurídica, tenga una superioridad, es decir, una situación de favor para desalojar a los demás del simple derecho de brindar su capacidad de trabajo? Pues si se admite que alguien queda facultado legalmente en esa forma, no hay otra conclusión que reconocer que se le ha hecho objeto de un privilegio.

Y no procede alegar en contrario que, por tratarse de bienes fiscales de la Nación, el Legislador está constitucionalmente facultado para fijar las normas propias para la debida utilización de tales bienes, ya que no obstante subsistir en general las normas de los citados artículos 4º y 110 del Código Fiscal y 12 de la Ley 52 de 1931 sobre la calidad de contratables, en concesión, de las minas de azufre a que se refiere la presente controversia, tal concesión, según las disposiciones acusadas, sólo podrá darla el Gobierno Nacional, en forma privilegiada, al Departamento de Nariño.

Y si esto es ási, como la Corte lo ve y lo deduce, los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1943 violan una norma constitucional (artículo 27) en que se prohíbe otorgar privilegios, salvo cuando éstos se refieren a inventos útiles o a vías de comunicación. Caso que no es el de la explotación de las solfataras tantas veces mencionadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en uso de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional,

y en desacuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación,

DECIDE:

Son inexequibles los artículos 1º, 3º y 4º acusados.

Cópiese, notifíquese, publíquese y dése cuenta a los Ministerios de Minas y Petróleos y Obras Públicas.

Ricardo Hinestrosa Daza — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Miguel Arteaga H. Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Víctor Cock—Isaías Chaves—Liborio Escallón—Jorge Gutiérrez Gómez—Ricardo Jordán Jiménez—Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ANIBAL CARDOSO GAITAN, MIGUEL ARTEAGA H. E ISAIAS CHAVES

El fundamento principal de la anterior sentencia que declara la inexequibilidad del artículo 1º de la Ley 35 de 1943, es la consideración de que el precepto legal consagra un privilegio y que por lo mismo quebranta la Constitución en su artículo 27. Los Magistrados que suscriben el presente salvamento de voto tienen la pena de expresar su disentimiento sobre las conclusiones y motivos del fallo de la Corte, porque consideran, por las razones que aquí consignan, que la disposición acusada no adolece del vicio de inconstitucionalidad que le encuentra la mayoría de la Sala.

El artículo 1º de la Ley 35 de 1943 concedió al Departamento de Nariño por el término de cuatro años **"derecho preferencial** al de toda otra persona para presentar al Gobierno Nacional propuesta o propuestas de contratos para la explotación de las solfataras" de propiedad nacional en dicho Departamento.

La **preferencia** y el **privilegio** pueden ser calidades inherentes a los bienes mismos, verbigracia, a los créditos, como dice el artículo 2493 del C. Civil.

En tratándose de las personas, las **preferencias** implican en general un **privilegio,** pues son gracias concedidas a alguien para ser preferido a otro u otros.

A nuestro juicio el artículo 1º de la Ley 35 de 1943 confiere al Departamento de Nariño un evidente privilegio, que consiste en ser él la única persona que en el tiempo señalado puede hacer propuestas de contratos al Gobierno Nacional para la explotación de las solfataras. Mas ello no significa que la disposición acusada adolezca de inconstitucionalidad, pues frente a la Carta no son inconstitucionales todos los privilegios, como pasa a explicarse.

El concepto de **privilegio** dentro del Estatuto, ha de entenderse como la vulneración de facultades o derechos en beneficio de una persona y en daño de otra u otras; pero no de cualquier derecho o facultad, sino de aquellos garantizados en la Constitución. Hay facultades y derechos que emanan de la Ley Fundamental, y facultades y derechos que emanan de la ley común. Los primeros se hallan protegidos por la Carta, pues si se violan o desconocen, es claro que se viola asimismo el Estatuto que los garantiza. Los derechos y facultades que provienen de la Ley los defiende ésta, y si se desconocen se quebranta la norma legal. La facultad que se origina en la ley puede subsistir o desaparacer de acuerdo con su ordenamiento; la que proviene de la Constitución, no puede ser afectada por la Ley.

La inconstitucionalidad de un privilegio resulta de darse a una persona exclusivamente derechos o facultades que el Estatuto consagra a favor de muchos. Se quebranta la Carta otorgando a una persona el goce exclusivo de una actividad industrial, como la de producir o vender determinados artículos de comercio, o disponiendo el legislador que sólo en una región del país la propiedad inmueble pueda ser objeto de contratos de venta o arrendamiento. El ejercicio de la libertad de industria, en el primer caso, y del uso y goce de la propiedad privada, en el segundo, garantizados ambos en la Constitución, serían así violados o desconocidos.

Hay privilegios inconstitucionales, conforme se deduce de las excepciones indicadas en el inciso 3º del artículo 27 de la Carta que dice: "Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación". En tratándose de industrias sería, pues, inconstitucional un privlegio que no se refiriese a un invento útil.

Por ello sería inconstitucional el privilegio para establecer acueductos, plazas de mercado, empresas de teléfonos, etc. Y asimismo sería inconstitucional un privilegio referente a cualquier derecho o actividad reconocidos para todos por el Estatuto.

Pero si un derecho o actividad tan sólo se halla reconocido **en una ley,** la nueva ley, que conceda al respecto un privilegio, no resulta inconstitucional.

Esto ocurre con los bienes fiscales y las leyes sobre aquéllos. La Constitución no determina la forma en que pueden enajenarse o darse en concesión tales bienes. No garantiza a los particulares ni la adquisición, ni el uso y goce de ellos. El derecho del Estado a contratarlos no se halla limitado por la Carta. Es la ley la que señala el modo de disposición o de explotación de aquellos bienes. Por eso cuando una ley establece la forma de traspaso o de concesión de bienes fiscales, sus mandatos, si se trata realmente de bienes fiscales y no privados, deben tener cumplimiento sin traba o dificultad de orden constitucional. Unas veces el legislador determina que los bienes fiscales se den en concesión según reglas generales que él fija. Otras veces autoriza al Organo Ejecutivo para que contrate sobre ciertos bienes en condiciones especiales, sin atender a normas de aplicación más general, como la de la licitación pública. Otras, aprueba contratos que el Ejecutivo celebra. Es la voluntad autónoma de la ley la que establece la manera de enajenación o de concesión. El legislador puede escoger, individualizándolo, al concesionario, permitir que la escogencia la haga el Gobierno según su juicio. Contra ninguna de esas disposiciones puede enfrentarse una norma constitucional que las enerve o destruya.

Dice el fallo: "Y no procede alegar en contrario que, por tratarse de bienes fiscales de la Nación, el legislador está constitucionalmente facultado para fijar las normas propias para la debida utilización de tales bienes, ya que no obstante subsistir en general las normas de los citados artículos 4º y 110 del Código Fiscal y 12 de la Ley 52 de 1931 sobre la calidad de contratables, en concesión, de las minas de azufre a que se refiere la presente controversia, tal concesión, según las disposiciones acusadas, sólo podrá darla el Gobierno Nacional en forma privilegiada al Departamento de Nariño". Aplicando a la argumentación de la mayoría de la Sala el criterio que se deduce de nuestras observaciones anteriores, en materia de privilegios, contrarios unos a la Constitución y extraños otros a ella, el hecho, incuestionable, de conferir la Ley 35 de 1943 un privilegio al Departamento de Nariño, no alcanza a constituír motivo de inconstitucionalidad, pues dicho privilegio resulta de una ley, la 35 mencionada, frente a otra ley, el Código Fiscal, pero es extraño a la Carta, ya que ella no regula la contratación de los bienes fiscales.

Aníbal Cardoso Gaitán — Miguel Arteaga H. Isaías Chaves—Pedro León Rincón, Secretario.

SE ORDENA ESTAR A LO DISPUESTO EN SENTENCIA PROFERIDA SOBRE EL MISMO ASUNTO

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, catorce de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Arteaga H.)

El señor Alfredo T. Ortega en ejercicio de la acción pública concedida por el artículo 149 de la Constitución Nacional (actualmente artículo 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945), demandó ante la Corte como inexequible el artículo 1º de la Ley 35 de 1943, en razón de que viola los artículos 26, inciso 1º, y 40 de la Carta.

La disposición acusada dice así: "El Departamento de Nariño tendrá, por el término de cuatro años, a partir de la vigencia de esta ley, derecho preferencial al de toda otra persona para presentar al Gobierno Nacional propuesta o propuestas de contratos, para la explotación de las solfataras de Cumbal, Azufral, Galeras, Doña Juana y demás yacimientos de azufre de propiedad nacional que se encuentren dentro del territorio de dicho Departamento".

La demanda se refiere directamente a las **solfataras de Cumbal** en vista, dice el demandante, "de que dichas solfataras son un bien de propiedad particular adquirido con justo título conforme a las leyes vigentes al tiempo de su adquisición, que no pueden ser desconocidas por leyes posteriores, por mandato de la misma Constitución".

De la demanda se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación, quien contestó conceptuando que "el artículo 1º de la Ley 35 de 1943 no está en pugna con ninguna ley anterior, y que por sí sola, no afecta los derechos adquiridos sobre solfataras". En consecuencia estimó que la demanda propuesta por el señor Ortega no debía prosperar.

La Corte considera:

Con fecha 24 de marzo último, la Sala Plena falló la demanda sobre inexequibilidad propuesta por el doctor Eustorgio Sarria contra el artículo 1º y otros de la Ley 35 de 1943, en el sentido de declarar inexequibles las disposiciones acusadas.

Siendo así, debe estarse a lo que en tal fallo consideró y resolvió la Corte.

También cabría observar que habiendo dejado de regir, en virtud de la sentencia, el artículo 1º de la Ley 35 citada, ha venido a desaparecer lo que formaba la sujeta materia de la presente acusación.

Por lo que se deja dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, decide: estése a lo resuelto en la sentencia de fecha 24 de marzo del año en curso, antes mencionada.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y archívese el expediente.

Ricardo Hinestrosa Daza — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Miguel Arteaga H. Isaías Chaves—Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Víctor Cock—Liborio Escallón—Jorge Gutiérrez Gómez—Ricardo Jordán Jiménez—Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL INCISO 2º DEL ARTICULO 18 DEL DECRETO EJECUTIVO Nº 2736 DE 1935

La circunstancia de haber sido demandada una disposición de dicho decreto, no como opuesta directamente a determinado precepto de la Carta sino por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, es decir, por cuanto según cree el demandante, el decreto adicionó la ley, hace ver que no es ese un decreto dictado por el Gobierno "en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional", como dice el artículo 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945, reformatorio de la Constitución Nacional. Otra disposición de la Reforma de la Constitución de 1945 confirió al Consejo de Estado las funciones de "Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo"; y un artículo nuevo de dicha reforma estableció lo siguiente: "Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución". De manera que hoy no corresponde a la Corte, sino al Consejo de Estado, conocer de la inexequibilidad de Decretos Ejecutivos como son los que simplemente reglamentan las leyes.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, abril seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El doctor Saúl Zárrate Rengifo solicitó de la Corte la declaración de que es inexequible, "por extralimitación de la potestad reglamentaria.... el inciso 2º del artículo 18 del Decreto Ejecutivo número 2736 de 3 de noviembre de 1935".

La Procuraduría de la Nación dijo al contestar el traslado de la demanda lo siguiente:

".....ya el Consejo de Estado se ha pronunciado precisa y concretamente sobre la misma disposición gubernativa que ahora se acusa ante la Corte.

"En efecto: en sentencia de fecha 14 de septiembre de 1939, pronunciada por el Consejo de Estado con motivo de la acusación de una resolución de la Junta Central de Títulos Médicos, aquella entidad declaró no tener competencia para ejercitar la facultad contenida en el inciso 2º del artículo 18 del Decreto número 2736, reglamentario de la Ley 67 de 1935. Dice en síntesis el referido fallo que la jurisdicción sólo puede imponerla el Organo Legislativo por medio de su modo de expresión, que es la ley, y en manera alguna el Organo Ejecutivo, por vía de decretos reglamentarios. Por manera, pues, que ya el Consejo de Estado ha ejercitado su función revisora sobre la disposición acusada y ha declarado su ineficacia legal, lo cual prueba que está fuera de órbita la demanda que se considera. Sería redundante —para decir lo menos— que la H. Corte se pronunciara sobre el mismo y preciso punto que ha sido decidido por el Consejo de Estado y justamente en la forma que satisface los puntos de vista del actual demandante".

Y concluye la vista del Procurador así:

"Creo suficiente lo expuesto para sustentar con todo respeto ante la H. Corte el concepto de que carece de fundamento práctico la demanda del señor Zárrate Rengifo sobre una materia ya resuelta por la entidad que tiene competencia para ello como es el Consejo de Estado".

Prescindiendo de la idea de que el asunto materia de esta acusación haya podido ser prácticamente resuelto a propósito de algún caso concreto, la competencia del Consejo de Estado para decidir sobre la inconstitucionalidad de la disposición misma acusada como inexequible, resulta hoy clara en virtud del Acto Legislativo número 1º de 1945, Reformatorio de la Constitución, según pasa a verse.

El decreto del cual forma parte la disposición acusada tiene este título: "Decreto número 2376 de 1936 por el cual se reglamenta la Ley 67 de 1935, en lo referente al ejercicio de la medicina, y se indica el procedimiento que debe seguirse en la tramitación de los asuntos relacionados con el

ejercicio ilegal de la misma profesión". Y principia así:

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones legales, decreta....."

La forma del decreto acusado revela, pues, sin lugar a duda que tiene carácter meramente ejecutivo por ser apenas reglamentario de una ley.

Ahora: los dos primeros incisos del artículo 18, el segundo de los cuales es el acusado como inconstitucional, dicen lo siguiente:

"Artículo 18. Las decisiones de las Juntas Seccionales de Títulos profesionales pueden ser apeladas dentro del término de tres días, después de su notificación, ante la respectiva Junta Central, en última instancia.

"Las que profieren las Juntas Centrales lo serán ante el Ministerio de Educación Nacional. Cuando las resoluciones de estas Juntas sean suscritas por el Ministro, como Presidente de ellas, pueden ser acusadas ante el Consejo de Estado, de acuerdo con las normas generales indicadas en la Ley 130 de 1913....."

Como se ve, el contenido de la disposición acusada, el texto mismo de ella, indica que no se trata de disposición dictada en ejercicio de facultades extraordinarias ni motivada por estado de guerra o turbación del orden público.

Y la circunstancia de haber sido demandada una disposición de dicho decreto no como opuesta directamente a determinado precepto de la Carta sino por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, es decir, por cuanto según cree el demandante, el decreto adicionó la ley, tal circunstancia hace ver también que no es este un decreto dictado por el Gobierno "en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional", como dice el artículo 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945, Reformatorio de la Constitución Nacional.

Otra disposición de la Reforma de la Constitución de 1945 confirió al Consejo de Estado las funciones de "Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo"; y un artículo nuevo de dicha Reforma estableció lo siguiente:

"Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución".

De manera que hoy no corresponde a la Corte, sino al Consejo de Estado, conocer de la inexequibilidad de decretos ejecutivos como son los que simplemente reglamentan las leyes. Y puesto que en este caso se trata de una demanda de inconstitucionalidad de parte de un decreto que es cabalmente reglamentario y no fue dictado en ejercicio de facultades extraordinarias ni por motivos de perturbación del orden público, la Corte se abstiene de seguir conociendo de dicha demanda.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y remítase el expediente al Consejo de Estado por ser la entidad a quien compete decidir acerca del asunto.

Ricardo Hinestrosa Daza — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Miguel Arteaga H. Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Víctor Cock—Isaías Chaves—Liborio Escallón—Jorge Gutiérrez Gómez—Ricardo Jordán Jiménez—Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

DECRETO Nº 181 DE 1942, ACUSADO COMO INEXEQUIBLE EN SUS ARTICULOS 1º Y 2º—EXEQUIBILIDAD DE LA PRIMERA PARTE DEL ARTICULO 1º—INEXEQUIBILIDAD DEL PARAGRAFO DE ESE ARTICULO Y DEL ARTICULO 2º—NO DEBE CONFUNDIRSE LA CALIDAD DE CIUDADANO CON LA DE NACIONAL COLOMBIANO.

1.—El conocimiento de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno quedó adscrito a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, menos cuando sean esos decretos expedidos en ejercicio de las facultades de que trata el ordinal 12 del artículo 69 de la Carta (Reforma Constitucional de 1945, vigente desde el 16 de febrero último).

2.—Las medidas que el Gobierno se ha visto en la necesidad de adoptar en el Decreto número 181 de 1942, de carácter preventivo y transitorio ("mientras dure la actual situación de emergencia internacional"), son no sólo de orden público sino también derivación de un pacto de solidaridaridad bien conocido. De manera que por el exclusivo hecho de haberse establecido sanciones para quienes se comprometan en actividades contrarias a la seguridad nacional, no puede decirse que se haya violado la Constitución, en lo tocante a sus artículos 19 y 42. El primero no veda el arresto de los nacionales o extranjeros, ni el registro de sus domicilios, ni otras formalidades, productoras ciertamente de molestias, sino que subordina esos actos a estas dos condiciones: a) que la autoridad que los cumple sea legítima; y b) que los motivos que a ellos den lugar estén definidos como infracciones en las leyes. Lo mismo ocurre con el derecho de reunión, que es parte de los derechos o garantías sociales y que son comunes a todos los habitantes del territorio nacional, a diferencia de los derechos políticos, que sólo se reservan para los nacionales mayores de veintiún años. Este derecho, el de reunión, tiene un límite: que no afecte la tranquilidad pública o que no vaya contra la moral o el orden legal. Luego si un decreto extraordinario dispone que las actividades opuestas a aquella seguridad son transgresiones que deben reprimirse con tales y cuales penas, no hay razón para alegar que se ha obrado con desconocimiento de las normas constitucionales citadas. También aduce el demandante que se ha violado el artículo 22 de la Constitución al prescindirse en el decreto acusado de las reglas consagradas en la Ley 22 bis de 1936, para "imponer sanciones a los nacionales por adopción". Pero es preciso advertir que esta ley trata de la "revisión de las cartas de naturaleza" o credenciales de nacionalidad que se hayan otorgado. Tal consideración basta para desechar el cargo que por este aspecto se le hace al decreto materia de la demanda. Lo relacionado con la competencia y las sanciones es cuestión de creación legal y no constitucional y el Decreto número 181 de 1942 podía designar la autoridad que castigara los hechos que allí se mencionan y establecer las respectivas medidas para prevenirlos.

Como no existe en la Constitución disposición que diga que ninguna ley podrá privar a los nacionales de los derechos políticos, está fuera de lugar el argumento propuesto por el demandante y referente a que el Decreto número 181 de 1942 viola el artículo 10 de la Carta. Si el alcance de esta dsposición fuera el que pretende darle el actor no se podría imponer sanciones que llevaran anexas la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas a los delincuentes nacionales. Según lo dice Duguit, con el nombre de separación de poderes se entiende una colaboración de órganos de representación y una repartición de funciones. Hay, pues, separación de funciones, pero no de órganos.

3.—No siendo racional suponer en el nacionalizado la misma firmeza en los vínculos adquiridos con el país adoptante, apenas rotos los anteriores con el país de origen y comparar sus relaciones respecto del nuevo Estado con las de quienes están ligados al país con más fuertes lazos, sí podía el legislador —o el ejecutivo en su caso— adoptar medidas indispensables para prevenir situaciones que comprometan el orden público y la seguridad del Estado, que es de lo que trata el Decreto número 2190 de 1941. Y dentro de las normas de la Constitución nada impide que esas medidas u otras, de finalidad preventiva, puedan ser aplicadas también a nacionales colombianos que se coloquen en las mismas condiciones contrarias a las conveniencias del Estado. Esto, desde luego, no podrá entenderse como una

equiparación jurídica de nacionales colombianos con extranjeros. Así, pues, no es inconstitucional la primera parte del artículo 1º del Decreto número 181 de 1942.

4.—No hay que confundir la calidad de ciudadano con la de nacional colombiano. El ciudadano —dicen los expositores— es el sujeto de los derechos políticos; la ciudadanía es la que capacita para el ejercicio de las funciones públicas. Y ésta (la ciudadanía), común a todos los colombianos por nacimiento o por adopción, mayores de veintiún años, se pierde así: automáticamente cuando se ha perdido la nacionalidad; y mediante decisión judicial en los demás casos, que bien pueden acarrear la mera suspensión o la privación (interdicción), que es siempre temporal, por grave que sea el delito que a ella dé lugar. El no tener, v. gr., profesión u oficio, no era conforme a la Constitución de 1886, motivo de privación de la ciudadanía, sino de suspensión de la misma, la cual se podía recobrar demostrando el interesado que ya se había procurado medios de vivir honestamente. La reforma constitucional de 1936 resolvió dejarle a la ley el señalamiento de los casos de pérdida o suspensión de la ciudadanía, apartándose en esto de la Constitución de 1886, como aparece de los artículos 16 y 17. La reforma constitucional de 1945 le atribuyó al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la facultad de expedir cartas de naturalización. La de 1936 decía "cartas de ciudadanía", tomando esta palabra (ciudadanía) en el sentido de nacionalidad o naturaleza, puesto que propiamente no hay CARTAS DE CIUDADANIA. Y a este propósito —el de la ciudadanía— debe advertirse que antes de ser expedida la última reforma el varón colombiano mayor de veintiún años solamente se llamaba ciudadano. Hoy basta ser mayor de veintiún años, o sea, que la mujer de esa edad tiene el carácter de ciudadana, aun cuando no pueda ejercer la función del sufragio ni ser elegida popularmente (artículo 14 de la reforma de 1945). De modo que la condición de ciudadano no se confiere por acto especial ninguno, sino únicamente por el hecho de reunirse en el individuo las condiciones que acaban de expresarse. No sucede lo mismo, en cuanto a este particular y al de la suspensión, con la calidad de nacional colombiano por adopción. Esta calidad requiere un acto del Presidente de la República (artículo 115, ordinal 1º), y la Constitución de Colombia, en su artículo 8º, sólo prevé el caso de pérdida de la nacionalidad más no el de la suspensión, lo que dejaría al individuo en una situación SUI GENERIS. O se es o no se es colombiano. El término medio de la SUSPENSION es un fenómeno no previsto sino únicamente para la condición de ciudadano. De donde se deduce que cuando el parágrafo del artículo 1º del decreto acusado autoriza al Gobierno para sancionar por medio de resolución ejecutiva a los nacionales por adopción con la "suspensión de los efectos de las cartas de naturaleza expedidas a su favor", se está autorizando algo que es contrario a la Constitución. E igual cosa ocurre respecto del contenido del artículo 2º, o sea en cuanto reglamenta esa suspensión, o al menos le señala sus efectos. La Corte, por consiguiente, debe reconocer y reconoce, que el parágrafo del artículo 1º y el artículo 2º del Decreto número 181 de 1942 violan el artículo 8º de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

En demanda presentada en la Secretaría de esta Corporación el ocho del mes de julio último, el doctor Hernando Uribe Cualla, ciudadano colombiano, ha pedido, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 149 de la Constitución Nacional (147 de la actual), que la Corte Suprema declare inexequibles los artículos 1º y 2º del Decreto número 181 de 29 de enero de 1942.

Habiéndosele dado a la solicitud la tramitación indicada en la Ley 96 de 1936, se procede, en Sala Plena, a decidir la cuestión planteada en la demanda, acerca de la cual ha emitido opinión —en desacuerdo con la tesis del demandante— el señor Procurador General de la Nación.

El decreto del cúal son partes integrantes los artículos (1º y 2º) acusados, se halla publicado en el número 24.876 del **Diario Oficial**, en la edición correspondiente al 3 de febrero de 1942, y lleva el siguiente encabezamiento:

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 16 de la Ley 128 de 1941, DECRETA:....."

De manera que conviene establecer, en primer lugar, que el decreto acusado parcialmente fue expedido en virtud de facultad legal.

Se ha hecho la anterior advertencia, no sólo porque el concepto desfavorable que sobre la demanda emite el señor Procurador General de la

Nación descansa en la base de que al dictar el Decreto número 181 de 1942 obraba el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias, sino también con el fin de despejar toda duda acerca de la competencia de la Corte en este caso, puesto que el conocimiento de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno quedó adscrito a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, menos —como ocurre aquí— cuando sean esos decretos expedidos en ejercicio de las facultades de que trata el ordinal 12 del artículo 69 de la Carta (Reforma Constitucional de 1945, vigente desde el 16 de febrero último).

Interesa ahora averiguar el alcance de las autorizaciones que se le dieron en esa ley al Presidente de la República.

Dice así el artículo 16:

"Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942, para tomar las medidas que sean indispensables en el orden internacional o interno, para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad interamericana, de acuerdo con los compromisos anteriores de la Nación.

"Asimismo, revístese al Presidente de facultades extraordinarias, y hasta la misma fecha, para adoptar todas las medidas económicas y fiscales que sean precisamente necesarias para conjurar eventual desequilibrio fiscal, allegar los recursos que fueren indispensables para el normal funcionamiento de los servicios y empresas públicas, atender los gastos militares y de orden público y proveer al desarrollo de la producción nacional.

"Igualmente usará de las mismas facultades y en el mismo tiempo, para organizar la vigilancia, control y reglamentación de las actividades de los extranjeros en el país; para ejercer el control total o parcial de las empresas o entidades cuyo funcionamiento pueda afectarse en virtud de medidas tomadas en relación con ellas y por los países beligerantes; para controlar el movimiento de fondos y cuentas de ciudadanos o entidades extranjeras y el de títulos o acciones pertenecientes a extranjeros; para proteger los intereses de los accionistas colombianos en sociedades que tengan su sede en país extranjero; para reglamentar la entrada, permanencia y salida de los extranjeros al territorio de la República; y para prevenir, con toda eficacia, cualquier actividad de nacionales o extranjeros que ponga en peligro la seguridad pública o que constituya una evidente amenaza para el desarrollo de la política internacional de Colombia".

Se procede a estudiar, previas las anteriores observaciones, el fundamento de la demanda.

Los artículos acusados dicen textualmente:

"Artículo 1º Mientras dure la actual situación de emergencia internacional, los nacionales colombianos por adopción a quienes el Gobierno considere fundamentalmente comprometidos en actividades contrarias al orden público y a la seguridad nacional, incurrirán en las sanciones establecidas en el Decreto 2190 de 1941 sobre seguridad pública, sin perjuicio de las medidas previstas que en cada caso considere necesario adoptar el Gobierno en relación con dichos nacionales.

"Parágrafo.—Podrá el Gobierno, además, previo concepto de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, sancionar, por medio de resolución ejecutiva, a los individuos de que trata este artículo con la suspensión de los efectos de las cartas de naturaleza expedidas a su favor.

"Artículo 2º Los individuos a quienes en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, se suspenda la nacionalidad colombiana por adopción quedarán sometidos a todas las disposiciones vigentes para los extranjeros".

Tesis de la demanda

Afirma el demandante que con ellos se han violado los siguientes artículos de la Constitución Nacional: 115 —ordinal 17—, 7º, 8º, 13, 22, 49, 10, 19, 42 y 52.

Se ha seguido este orden porque así los ha presentado el doctor Uribe Cualla en el escrito de acusación, en cuya parte final reclama un rápido fallo, "para restablecer el prestigio y la vigencia de la Constitución violada".

Para un mejor entendimiento del problema suscitado, al lado del texto de cada uno de los artículos invocados se pondrá la síntesis del argumento del demandante. Porque parece que adoptando este sistema podrá más fácilmente apreciarse la pertinencia o impertinencia de las objeciones, y la decisión que se pronuncie ofrecerá, mediante ese método, mayor claridad. Obliga también a seguir ese plan la circunstancia de ser varias las disposiciones constitucionales que, en sentir del actor, viola o quebranta el decreto en la parte acusada.

Artículo 115 — ordinal 17 —: "Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa... Expedir cartas de ciudadanía conforme a las leyes".

Argumento: "Al cancelar el Presidente de la República las cartas de ciudadanía que hubiere concedido, se arroga una facultad de que carece, puesto que apenas está autorizado para expedirlas, mas no para anularlas".

Artículo 7º: "Son nacionales colombianos:.... 2º por adopción: los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización".

Argumento: Este artículo "se quebranta por cuanto que en ciertos casos arbitrariamente señalados por el Decreto número 181 de 1942 se desconoce el carácter de colombianos que la Constitución define por adopción para los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización".

Artículo 8º: "La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el Exterior, y podrá recobrarse con arreglo a las leyes".

Argumento: "Si la nacionalidad sólo se pierde cuando se adquiere otra, al establecer el decreto acusado una nueva causal (actividades contrarias al orden público), para los mismos efectos, se ha violado la Constitución".

Artículo 13: "Son ciudadanos los colombianos varones mayores de veintiún años. La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad. También se pierde, o se suspende, a virtud de decisión judicial en los casos que determinen las leyes".

Argumento: "Como la ciudadanía se pierde o se suspende en virtud de decisión judicial, en los casos que determinen las leyes, de manera que 'un nacional por adopción, para perder su nacionalidad y por consiguiente la ciudadanía tiene que ser sometido a un juicio contradictorio y esperar el fallo correspondiente, al adoptar el decreto un procedimiento administrativo para declarar que un nacional por adopción ha perdido ese derecho legítimamente conseguido, se ha violado la Constitución' ".

Artículo 22: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Argumento: "Los artículos del decreto acusado infringen esta disposición, porque se apartan de las condiciones prescritas en la ley (22 bis de 1936) para la revisión de una carta de naturaleza: a) si se ha expedido en virtud de documentos que adolezcan de falsedad; b) si los testigos cuyas declaraciones hizo valer el extranjero al solicitar la carta de naturaleza, faltaron a la verdad respecto de alguna o algunas de las circunstancias requeridas para obtenerla; y c) si se descubriere que el extranjero nacionalizado ha cometido en otro país, antes de radicarse en Colombia, algún delito que dé lugar a la extradición".

Artículo 49: "Las disposiciones del presente título se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución".

Argumento: "Se quebranta lo dspuesto en el artículo 49 de la Constitución, que le da al precepto del artículo 22 de la Carta, no sólo fuerza constitucional sino fuerza legal, desde que está incorporado en el Código Civil, 'y no podrá ser alterado sino por acto reformatorio de la Constitución'. Y se vio cómo esa preciosa norma constitucional ha sido alterada, sin reforma constitucional, por un simple decreto que se dice dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias que otorgó la Ley 128 de 1941".

Artículo 10: "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes".

"Los derechos políticos se reservarán a los nacionales".

Argumento: "Este artículo garantiza por pasiva a los colombianos que sus derechos políticos y sus derechos civiles no podrán ser suspendidos ni desconocidos por ninguna ley. Tal cosa podrá ocurrir en ciertos casos para los extranjeros. El artículo 1º del decreto así como el 2º establecen reglas que violan directamente el artículo 10 de la Constitución porque automáticamente ciudadanos colombianos por adopción quedan convertidos en extranjeros y sometidos a disposiciones

que sólo pueden dictarse respecto de los extranjeros y no respecto de los nacionales".

Artículo 19: "Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

Argumento: "Como según el artículo 1º del decreto acusado los nacionales por adopción que se comprometan en actividades contrarias al orden público y a la seguridad nacional quedan sometidos a las sanciones establecidas en el Decreto 2190 de 1941, que implica la pérdida de la libertad y molestias de toda clase, es claro que se ha violado la garantía constitucional que otorga el artículo 19".

Artículo 42: "Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degenere en asonada, o tumulto, o que obstruya las vías públicas".

Argumento: "Como el Decreto 2190 de 1941 autoriza disolver reuniones públicas o privadas convocadas por elementos extranjeros, y todo por mandato del artículo 1º del Decreto 181 de 1942, es lógico que al aplicar esa medida a nacionales colombianos atenta contra el principio constitucional que consagra el artículo 42 de la Carta, según el cual existe el derecho de reunión con las únicas limitaciones indicadas en dicho artículo".

Artículo 52: "Son órganos del Poder Público: El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

"Los órganos del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Argumento: "Con los artículos acusados se hiere (sic) el principio de la división de los poderes".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador General de la Nación, analiza, punto por punto, los argumentos del demandante, y concluye diciendo que "no debe prosperar la demanda instaurada por el doctor Hernando Uribe Cualla sobre inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º del Decreto número 181 de 1942".

En gran parte de las razones presentadas por el Ministerio Público habrá de ponerse de acuerdo la Corte con su colaborador Fiscal, como por ejemplo cuando manifiesta que no son pertinentes los argumentos del actor respecto de los artículos 7º, 13, 19, 22, 42 y 52 de la Constitución Nacional, los cuales, de consiguiente, no han sido violados por el decreto acusado, como se verá un poco después.

Pero se apartará del concepto, especialmente en cuanto a las consideraciones referentes al artículo 8º de la Constitución Nacional. En relación con él dice el señor Procurador:

"No se ha violado el artículo 8º de la Constitución porque el Decreto 181 no establece nuevas maneras de perder la nacionalidad, sino que, por el contrario, prescribe en cuáles casos el gobierno podrá suspender los efectos de las cartas de naturaleza. Además, si como lo dice el texto constitucional citado la calidad de nacional puede recobrarse con arreglo a las leyes, es lógico concluir que también puede perderse con arreglo a las leyes no siendo otra cosa que una verdadera ley el Decreto 181, y hallándose además el país en una situación de beligerancia internacional, que jurídicamente no es ni puede ser sino el estado de guerra internacional".

".....En consecuencia si ese efecto está previsto por la Constitución no puede decirse que por haberlo producido una ley sea inconstitucional. Además, ya se vio que el Decreto 181 no priva directamente de la nacionalidad sino que sólo, y por muy graves motivos de orden público, suspende algunos de sus efectos".

Considera la Corte Plena

Las medidas que el Gobierno se ha visto en la necesidad de adoptar en el Decreto número 181 de 1942, de carácter preventivo y transitorio ("mientras dure la actual situación de emergencia internacional"), son no sólo de orden público sino también derivación de un pacto de solidaridad bien conocido. De manera que por el exclusivo hecho de haberse establecido sanciones para quienes se comprometan en actividades contrarias a la seguridad nacional, no puede decirse que se haya violado la Constitución, en lo tocante a sus artículos 19 y 42. El primero no veda el arresto de los nacionales o extranjeros, ni el registro de sus domicilios, ni otras formalidades, productoras ciertamente de molestias, sino que

subordina esos actos a estas dos condiciones: a) que la autoridad que los cumple sea legítima; y b) que los motivos que a ellos den lugar estén definidos como infracciones en las leyes.

Lo mismo ocurre con el derecho de reunión, que es parte de los derechos o garantías sociales, y que son comunes a todos los habitantes del territorio nacional, a diferencia de los derechos políticos, que sólo se reservan para los nacionales mayores de veintiún años. Este derecho, el de reunión, tiene un límite: que no afecte la tranquilidad pública o que no vaya contra la moral o el orden legal.

Luego si un decreto extraordinario dispone que las actividades opuestas a aquella seguridad son transgresiones que deben reprimirse con tales y cuales penas, no hay razón para alegar que se ha obrado con desconocimiento de las normas constitucionales citadas.

También aduce el demandante que se ha violado el artículo 22 de la Constitución al prescindirse en el decreto acusado de las reglas consagradas en la Ley 22 bis de 1936, para "imponer sanciones a los nacionales por adopción". Pero es preciso advertir que esta ley trata de la "revisión de las Cartas de naturaleza" o credenciales de nacionalidad que se hayan otorgado. Tal consideración basta para desechar el cargo que por este aspecto se le hace al decreto materia de la demanda. Repárese, además, en que lo relacionado con la competencia y las sanciones es cuestión de creación legal y no constitucional. De manera que teniendo carácter de ley, aunque no en sentido formal, el Decreto número 181 de 1942, podía designar la autoridad que castigara los hechos que allí se mencionan y establecer las respectivas medidas para prevenirlos.

Como no existe en la Constitución disposición que diga que ninguna ley podrá privar a los nacionales de los derechos políticos, está fuera de lugar el argumento propuesto por el demandante y referente a que el Decreto número 181 de 1942 viola el artículo 10 de la Carta. Si el alcance de esta disposición fuera el que pretende darle el actor no se podría imponer sanciones que llevaran anexas la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas a los delincuentes nacionales.

Según lo dice Duguit, con el nombre de separación de poderes se entiende una colaboración de órganos de representación y una repartición de funciones. Hay, pues, separación de funciones, pero no de órganos. Si el divorcio fuera tal como lo estima el demandante al afirmar que el Decreto número 181 viola el artículo 52 de la Constitución, no podrían presentarse estos casos que trae el doctor Tulio Enrique Tascón, en su obra "Derecho Constitucional Colombiano":

".....El órgano legislativo, además de dictar leyes, que es su función propia, ejerce funciones judiciales, cuando juzga a los más altos funcionarios, y funciones administrativas, como cuando elige a ciertos empleados, verbigracia, Consejeros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Contralor General de la República. El órgano ejecutivo realiza actos de administración, que es su función propia, pero, además, hace leyes en sentido material, cuando ejerce la potestad reglamentaria o hace uso de las facultades extraordinarias, y ejerce funciones jurisdiccionales cuando instruye sumarios o falla querellas de policía. El órgano judicial, además de pronunciar sentencias en juicios civiles o criminales, que es su función propia, ejerce funciones administrativas, cuando nombra los jueces inferiores o funcionarios subalternos, y, en cierta manera, legislativas, cuando interpreta las leyes por vía de doctrina, sentando jurisprudencia. Lejos, pues, de estar aislados, los diversos órganos se encuentran compenetrados íntimamente, en acción recíproca de uno sobre otro.

"Así también vemos que en la función legislativa colabora el órgano ejecutivo presentando proyectos de ley, coadyuvándolos u objetándolos y dándoles su sanción, e interviene el órgano judicial, decidiendo sobre su exequibilidad cuando fueren objetados por inconstitucionales y las Cámaras insistieren".

Como se acaba de ver, no son pertinentes los argumentos del demandante respecto de los artículos 7º, 13, 19, 22, 42 y 52 de la Constitución.

Artículo 1º acusado

La parte primera del artículo 1º del Decreto número 181 de 1942 se refiere únicamente a los "nacionales colombianos por adopción". Y es el caso de averiguar si ello envuelve una exclusividad de tal naturaleza que dé lugar a declararlo contrario a la Constitución.

Bien se comprende que hay una diferencia intrínseca entre las dos clases de nacionales, y aún, en cierta forma, se conserva esa diferencia en las leyes del país, puesto que sólo los colom-

bianos de nacimiento pueden desempeñar los siguientes cargos: Presidente de la República, Senador, Consejero de Estado y todos los relativos a la Administración de Justicia y al Ministerio Público.

Otra diferencia entre nacionales colombianos por nacimiento y nacionales colombianos por adopción, es la indicada en el artículo 14 de la Carta, o sea, la de que el nacionalizado no será obligado a tomar las armas contra el país de su origen.

El colombiano por nacimiento tiene, como parece claro, un derecho propio, algo así como un derecho natural que nadie le concede de manera expresa, fuera de la circunstancia de haber nacido en territorio colombiano. En cambio, el nacionalizado debe antes haber solicitado ese mismo derecho mediante el cumplimiento de ciertos requisitos (artículo 6º de la Ley 22 bis de 1936) y obligándose a determinadas condiciones (artículo 14 ibídem). Hay, pues, en su caso, un acto explícito sujeto a revisión por el Consejo de Estado (artículo 23 de la ley citada).

Y sea oportuno pensar en la no imposible ocurrencia de que los nacionales por adopción, o parte de ellos, hubieran entrado al territorio colombiano con un propósito no bien definido; cumplieran las exigencias —nada extremistas— de la ley colombiana al respecto; y luego, abusando de la hospitalidad y violando la promesa que habían hecho, ejecutaran actos hostiles a los intereses del país de adopción, como quien dice contra la Patria que los alojó y recibió en calidad de hijos propios.

Esta consideración justifica y explica aquellas desigualdades, porque no es racional suponer en el nacionalizado la misma firmeza en los vínculos adquiridos con el país adoptante, apenas rotos los anteriores con el país de origen y comparar sus relaciones respecto del nuevo Estado con las de quienes están ligados al país por más fuertes lazos. Y ello está diciendo muy claramente que sí podía el legislador —o el ejecutivo en su caso— adoptar medidas indispensables para prevenir situaciones que comprometan el orden público y la seguridad del Estado, que es de lo que trata el Decreto número 2190 de 1941. Y dentro de las normas de la Constitución nada impide que esas medidas u otras, de finalidad preventiva, puedan ser aplicadas también a nacionales colombianos que se coloquen en las mismas condiciones contrarias a las conveniencias del Estado. Esto, desde luego, no podrá entenderse como una equiparación jurídica de nacionales colombianos con extranjeros.

En fin, que la Corte considera que no es inconstitucional la primera parte del artículo 1º del Decreto número 181 de 1942, que dice:

"Artículo 1º Mientras dure la actual situación de emergencia internacional, los nacionalse colombianos por adopción a quienes el Gobierno considere fundamentalmente comprometidos en actividades contrarias al orden público y a la seguridad nacional, incurrirán en las sanciones establecidas en el Decreto 2190 de 1941 sobre seguridad pública, sin perjuicio de las medidas previstas que en cada caso considere necesario adoptar el Gobierno en relación con dichos nacionales".

Parágrafo del artículo 1º acusado y artículo 2º. De la pérdida de la nacionalidad y de la pérdida y suspensión de la ciudadanía.

Son nacionales colombianos, según el artículo 7º de la Constitución los siguientes: 1º por nacimiento: a) los naturales de Colombia, con una de estas dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República; y b) los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierras extranjeras y luego se domiciliaren en la República; 2º por adopción: a) los extranjeros que soliciten y obtengan Cartas de naturalización; y b) los hispanoamericanos y brasileños por nacimiento que con autorización del Gobierno, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad del lugar donde se establecieren.

No hay que confundir la calidad de ciudadano con la de nacional colombiano. El ciudadano—dicen los expositores—es el sujeto de los derechos políticos; la ciudadanía es la que capacita para el ejercicio de las funciones públicas. Y ésta (la ciudadanía) común a todos los colombianos por nacimiento o por adopción, mayores de veintiún años, se pierde así: automáticamente cuando se ha perdido la nacionalidad; y mediante decisión judicial en los demás casos, que bien pueden acarrear la mera suspensión o la privación (interdicción), que es siempre temporal, por grave que sea el delito que a ella dé lugar.

El no tener, v. gr., profesión u oficio, no era —conforme a la Constitución de 1886— motivo de

privación de la ciudadanía, sino de suspensión de la misma, la cual se podía recobrar, demostrando el interesado que ya se había procurado medios de vivir honestamente.

La reforma constitucional de 1936 resolvió dejarla a la ley el señalamiento de los casos de pérdida o suspensión de la ciudadanía, apartándose en esto de la Constitución de 1886. En efecto, los artículos 16 y 17 de aquélla, decían así:

"Artículo 16. La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad.

"También pierde la calidad de ciudadano quien se encuentre en uno de los siguientes casos, judicialmente declarados:

"1º Haberse comprometido al servicio de una nación enemiga de Colombia;

"2º Haber pertenecido a una facción alzada contra el Gobierno de una nación amiga;

"3º Haber sido condenado a sufrir pena aflictiva;

"4º Haber sido destituído del ejercicio de funciones públicas, mediante juicios criminal o de responsabilidad;

"5º Haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en elecciones.

"Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación del Senado".

"Artículo 17. El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

"1º Por notoria enajenación mental;

"2º Por interdicción judicial;

"3º Por beodez habitual;

"4º Por causa criminal pendiente, desde que el Juez dicte auto de prisión".

Al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, le corresponde expedir cartas de naturalización, conforme a las leyes, dice la reforma constitucional de 1945.

La de 1936 decía "cartas de ciudadanía", tomando esta palabra (ciudadanía) en el sentido de nacionalidad o naturaleza, puesto que propiamente no hay **cartas de ciudadanía.** Y a este propósito —el de la ciudadanía— debe advertirse que antes de ser expedida la última reforma el varón colombiano mayor de veintiún años solamente se llamaba ciudadano. Hoy, basta ser mayor de ventiún años, o sea, que la mujer de esa edad tiene el carácter de ciudadana, aun cuando no puede ejercer la función del sufragio ni ser elegida popularmente (artículo 14 de la reforma de 1945). De modo que la condición de ciudadano no se confiere por acto especial ninguno, sino únicamente por el hecho de reunirse en el individuo las condiciones que acaban de expresarse.

No sucede lo mismo, en cuanto a este particular y al de la suspensión, con la calidad de nacional colombiano por adopción. Esta calidad requiere un acto del Presidente de la República (artículo 115 —ordinal 17—), y la Constitución de Colombia, en su artículo 8º, sólo prevée el caso de pérdida de la nacionalidad mas no el de la suspensión, lo que dejaría al individuo en una situación **sui-géneris.** O se es o no se es colombiano. El término medio de la **suspensión** es un fenómeno no previsto sino únicamente para la condición de ciudadano. De donde se deduce que cuando el Parágrafo del artículo 1º del Decreto número 181 de 1942 autoriza al Gobierno para sancionar por medio de resolución ejecutiva a los nacionales por adopción con la "suspensión de los efectos de las cartas de naturaleza expedidas a su favor", se está autorizando algo que es contrario a la Constitución.

E igual cosa ocurre respecto del contenido del artículo 2º, o sea, en cuanto reglamenta esa suspensión o, al menos, le señala sus efectos.

La Corte, por consiguiente, debe reconocer, y reconoce, que el Parágrafo del artículo 1º y el artículo 2º del Decreto número 181 de 1942 violan el artículo 8º de la Constitución Nacional.

Los textos citados de ese decreto son estos:

"Parágrafo. Podrá el Gobierno, además previo concepto de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, sancionar, por medio de resolución ejecutiva, a los individuos de que trata este artículo con la suspensión de los efectos de las cartas de naturaleza expedidas a su favor".

"Artículo 2º Los individuos a quienes en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, se suspenda la nacionalidad colombiana por adopción, quedarán sometidos a todas las disposiciones vigentes para los extranjeros".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en uso de la atribución que le concede el artículo 147 de la Constitución vigente (Acto Legislativo número 1º de 1945), y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación,

DECIDE:

a) Es exequible la primera parte del artículo 1º del Decreto número 181 de 1942; y

b) Son inexequibles el Parágrafo de ese artículo y el artículo 2º del mismo decreto.

Dése cuenta a los Ministerios de Gobierno y Relaciones Exteriores.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Hernán Salamanca — Aníbal Cardoso Gaitán. Pedro Castillo Pineda — Víctor Cock — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Hinestrosa Daza — Ricardo Jordán Jiménez—Ramón Miranda—Con salvamento de voto, **José Antonio Montalvo — Domingo Sarasty — Eleuterio Serna — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO

Estoy de acuerdo con la declaración de inexequibilidad que la Corte hace respecto del artículo 2º del Decreto número 181 de 1942 y del parágrafo del artículo 1º **ibídem**; pero disiento de la sentencia en cuanto declara exequible la primera parte del artículo 1º de dicho decreto.

La razón de mi discrepancia es la siguiente:

Es inconstitucional la disposición del decreto que faculta al Gobierno para suspender la nacionalidad de los colombianos por adopción, por los motivos que de modo tan claro expone la Corte; pero entonces también debe considerarse inconstitucional la otra disposición según la cual pueden aplicarse a los extranjeros nacionalizados —colombianos por adopción— "las sanciones establecidas en el Decreto 2190 de 1941", sanciones tan graves como la fijación de residencia "permanente o transitoria", aplicada no judicial sino policivamente.

Me parece explicable que no se equipare completamente el extranjero nacionalizado con el colombiano de nacimiento. Pero también creo inequitativo equiparar con los extranjeros a los colombianos por adopción.

Temo que esta equiparación pueda hacer nugatoria, en muchas ocasiones, la razonada decisión de la Corte que declara inexequible el decreto en lo relativo a la pretendida **suspensión** de la nacionalidad.

Bogotá, veintitrés de mayo de 1945.

José Antonio Montalvo — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS DECRETOS NUMEROS 1640 Y 1644 DE 13 Y 14 DE JULIO DE 1944 — CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PARA FALLAR SOBRE DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD DE DECRETOS REFERENTES A LEVANTAMIENTO DEL ESTADO DE SITIO.— COMPETENCIA DE LA CORTE DE ACUERDO CON LOS ARTICULOS 117 Y 118 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — QUE SE ENTIENDE POR "FACULTADES LEGALES" CONFORME AL ESTATUTO FUNDAMENTAL.—ESTADO DE TURBACION DEL ORDEN PUBLICO EN CASO DE GUERRA EXTERIOR. — ESTADO DE BELIGERANCIA Y SU RECONOCIMIENTO—CIRCUNSTANCIAS DE BELIGERANCIA EN QUE SE DICTO EL DECRETO Nº 1640. — PREVALENCIA DE LAS LEYES ACERCA DE LA SUSTANCIACION Y RITUALIDAD DE LOS JUICIOS SOBRE LAS ANTERIORES.— ESE DECRETO NO DEFINIO LOS DELITOS NI ESTABLECIO LAS PENAS, SINO QUE PROVEYO AL MODO DE JUZGAMIENTO

1.—No se ve por qué no haya de conocer y fallar la Corte una demanda sobre un decreto extraordinario, de los que se contemplan, presentada cuando la norma se hallaba vigente, el orden público se hallaba alterado y en estado de sitio la República. La decisión de la Corte puede venir después de la fecha en que se levanta el estado de sitio, pues el decreto bien puede expedirse con una antelación tan corta respecto a ese hecho de la terminación de la anormalidad, que el conocimiento, trámite y sentencia serían físicamente imposibles en el corto espacio anterior a tal hecho, lo que indica que en el espíritu de la Constitución está el que pueda la Corte decidir aun después de que se haya declarado restablecido el orden público, para que se pueda cumplir el propósito de tutela constitucional que consagra el artículo 149 de la Constitución.

2.—De lo dispuesto por el artículo 117 de la Constitución Nacional, en concordancia con el 118, se infiere que el decreto por el cual el Presidente con sus Ministros declara turbado el orden público no cae, por su naturaleza, bajo el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, sino cuando no haya sido firmado por todos los Ministros o carezca del dictamen del Consejo de Estado.

3.—Examinando los poderes de que va investido el Gobierno mientras dura el estado de turbación del orden público desde cuando se expidió la Constitución de 1886 hasta cuando se transformó, en la reforma del año 1910, el estatuto que en aquélla había consagrado el régimen de los poderes y facultades del Presidente de la República en los casos de turbación del orden público, tendía a investir al Presidente de la República de poderes bastantes para atender a la conservación del orden interno y a la defensa de la soberanía nacional, y a procurar al propio tiempo que el ejercicio de esas facultades se ordenara dentro de ciertos cauces de legalidad.

4.—Tanto el artículo 120 de la Constitución de 1886, hoy el 115, como el 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910, hoy 117 del Estatuto, tratan de orden público, de su turbación y de la manera de restablecerlo el Presidente de la República. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados y los decretos que expida el Gobierno en las circunstancias difíciles que los hicieren necesarios, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan, por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas en la Carta, el sello de su legitimidad constitucional. La Constitución sigue rigiendo, claro está, durante la alteración del orden, pero su vigencia ordinaria se suspende, como la de todas las leyes, mientras dura la perturbación, para dar entrada a su vigencia extraordinaria de legalidad marcial, en cuanto sea ello necesario para que se cumpla por el Jefe del Estado una misión tan grave y alta que lo coloca, por previsión del Constituyente, por encima, transitoriamente, del Cuerpo Soberano Legislativo del país.

5.—En virtud del artículo 117 de la Constitución puede el Gobierno dictar decretos de carácter obligatorio durante la turbación del orden público, y aun decretos extraordinarios, en ejercicio de sus FACULTADES LEGALES. Por éstas debe entenderse las

que emanan de las leyes, entre ellas la Constitución y las otras que desarrollan sus preceptos. Para la emergencia de la turbación del orden público pueden los decretos estatuír respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Puede aun el Gobierno, por medio de esos decretos extraordinarios, hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz. Estima la Corte que las FACULTALES LEGALES de que trata el Estatuto pueden ser objeto de determinación por el Congreso, mediante normas especiales.

6.—La Corte, al ejercer su función de guardián de la Constitución en cuanto a la exequibilidad de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno durante el estado de turbación del orden, habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República.

7.—De acuerdo con el mismo artículo 117 de la Constitución queda autorizado el Presidente de la República para declarar, en caso de guerra exterior — como en el de conmoción interior — con la firma de todos los Ministros, turbado el orden público y en estado de sitio la República. El Derecho Público de las naciones y el Internacional de los Estados, escrito o consuetudiario, y el que se origina en diversas fuentes que crea la convivencia de los países, producen formas de expresión de la voluntad de cada pueblo que no son las tradicionales, pero que tienen aplicación y aceptación como modos para manifestar el querer de los Gobiernos que los representan. El estatuto colombiano no contempla, como es obvio, las maneras de expresión de la voluntad del Gobierno y del Senado y dejan así a la libre estimación, según las circunstancias y costumbres de cada época, el cabal cumplimiento de las exigencias constitucionales. En caso de guerra exterior entra en vigor el régimen especial que el Estatuto ha previsto para la acción del Gobierno, y éste tiene en tales circunstancias los mismos poderes de que se halla investido en caso de turbación del orden público por motivo de conmoción o de guerra interiores.

8.—Cuando se dictó el Decreto número 1640 sobre convocatoria de Consejos de Guerra Verbales, el país se hallaba en estado de beligerancia con una potencia extranjera, para declarar la cual no se emplearon ciertamente palabras sacramentales, pero las declaraciones del Gobierno y del Senado de la República expresan claramente el reconocimiento del estado de guerra a que había llegado una nación contra Colombia y el estado también de guerra en que Colombia entraba desde ese momento, para responder a la acción bélica de que era objeto. Al dictarse el Decreto número 1640 aludido, fuera de la turbación del orden público interno, el país se hallaba en estado de guerra internacional. Además, se cumplía, al dictarse ese decreto, la circunstancia prevista por la ley militar vigente, artículo 104, de hallarse la Nación, por aplicación extensiva de la frase legal, EN SITUACION DE CAMPAÑA, de la autoridad ejecutiva contra el movimiento subversivo del Ejército. Los delitos por los cuales se juzgó a los rebeldes del 10 de julio fueron ejecutados durante la época en que se desarrollaban operaciones de guerra, aunque es lógico que su preparación debió ser anterior a los actos materiales que culminaron en la conmoción interna del 10 de julio, y que determinaron la declaración del estado de sitio. En esas circunstancias sería imposible desconocer que los delitos que debían juzgar los Consejos de Guerra Verbales fueron cometidos EN CAMPAÑA, porque eso sería apartarse de la realidad de los hechos y darle a aquella expresión un significado ceñido enteramente a la literalidad, lo que no se compadece con la función que le corresponde al intérprete de la ley, ya que éste debe atender ante todo al fin social de la norma. Tal requisito de haberse obrado EN CAMPAÑA es puramente legal, y no es de aquellos que no pueden suspenderse o reemplazarse, en cuanto a su contenido, por la legislación extraordinaria que se dicta durante la turbación del orden público.

9.—Son infundados los cargos de inconstitucionalidad del decreto mencionado en cuanto se pretende que viola los artículos 22 y 24 de la Carta, pues tal decreto no define delitos ni establece penas, sino que provée al modo de juzgamiento, asunto diferente que no está comprendido en la norma del citado artículo 24. Como muy bien lo dijo el Procurador General de la Nación, "en el decreto acusado no se habla siquiera de los hechos delictuosos ni de las penas que habrán de imponerse, pues ello se deja, por así disponerlo la Constitución, a las leyes preexistentes a tales hechos. Tampoco se crean nuevos Tribunales ni se establecen formas nuevas para los correspondientes juicios, pues éstos ya existían antes de que se expidiera el decreto. Lo único que se hace por medio del decreto que tiene fuerza legislativa, como expresamente lo dice el numeral 8º del artículo 113 de la Constitución, es disponer que para el juzgamiento de los hechos delictuosos de que allí se habla, erigidos en delitos con anterioridad al decre-

to, se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 104 y siguientes de la Ley 84 de 1931". Se cumplió, pues, el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, que dispone que las leyes sobre sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Por consiguiente, al relacionar las dos disposiciones, el artículo 40 y el 43 de la citada ley, resulta que las leyes que establecen tribunales y determinan el procedimiento —como el Decreto 1640— prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Es infundada, por consiguiente, la tacha de inconstitucionalidad de ese decreto.

10.—El Decreto 1640 no viola el artículo 117 del Estatuto porque no derogó, como se ha afirmado, las disposiciones del Código Militar, sino que tan sólo dio aplicación a normas nuevas autorizadas por la Carta, suspendiendo al propio tiempo, como podía hacerlo, la vigencia de las anteriores mientras duraba el estado de turbación del orden.

11.—Los decretos extraordinarios son medidas adoptadas por el Gobierno en uso de las facultades que le ha conferido la declaración de turbación del orden público. Turbado éste, y en estado de sitio la Nación, el Presidente dicta decretos extraordinarios legislativos. El Presidente con sus Ministros tiene entonces la facultad legislativa (artículo 113, numeral 8º). Sus providencias en ese estado son el ejercicio natural de esas facultades extraordinarias de que queda investido en virtud de la medida sobre turbación del orden público, a la cual se refiere concretamente el artículo 117, como acto principal, para cuya ejecución sí se requiere que el Presidente oiga previamente al Consejo de Estado. Los otros decretos que dentro de los límites de turbación del orden dicta el Gobierno tienen carácter obligatorio "siempre que llevan la firma de todos los Ministros", único requisito para que entren en vigencia.

12.—Tampoco viola el decreto citado el inciso 4º del artículo 117 por haberse producido el golpe de Pasto en circunstancias de una singular complejidad, por tratarse de una rebelión del Ejército mismo, que alteró su disciplina y su régimen y que dio por resultado la prisión del Presidente de la República. Así, pues, que aun cuando el alzamiento se hubiera reprimido, sus graves consecuencias continuaban para la vida de la República y para la estabilidad de sus instituciones jurídicas. En tales circunstancias no se podía afirmar que se hubiese vuelto de un momento para otro al estado de normalidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, doce de junio de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Pedro Nel Rueda Uribe, en ejercicio del derecho que a los ciudadanos otorga el artículo 149 de la Constitución Nacional, hoy el 53 del Acto Legislativo número 1 de 1945, demanda de esta Sala Plena de la Corte una declaración sobre inexequibilidad constitucional de los Decretos números 1640 y 1644, de 13 y 14 de julio anterior, dictados por el Gobierno Nacional y que aparecen publicados en los números 25594 y 25595 del **Diario Oficial**.

Los decretos acusados dicen:

"DECRETO 1640

por el cual se hace una radicación y se dispone la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales.

El Presidente de la República de Colombia,

en uso de sus facultades constitucionales y legales, ordinarias y extraordinarias, y teniendo en cuenta el estado de turbación del orden público reconocido por el Decreto número 1632, de fecha 10 del corriente mes, en todo el territorio de la República, y

CONSIDERANDO:

Que en momentos en que el país se halla en estado de beligerancia, que jurídicamente es el estado de guerra internacional, y en que se verificaban unas maniobras militares, se cometieron delitos contra la seguridad interior del Estado, la tranquilidad y el orden público, con la prisión del Presidente de la República, Jefe Constitucional de las Fuerzas Armadas de la Nación, y

Que el juzgamiento de los delitos que se hayan cometido corresponde a los Consejos de Guerra Verbales, cuando, a juicio del Alto Comando, sea preciso tal procedimiento para restablecer prontamente el orden público o mantener en alto la moral del Ejército,

DECRETA:

Artículo 1º Radícase en el Comando de la Brigada de Institutos Militares el conocimiento de los delitos contra el régimen constitucional y la

seguridad interior del Estado, cometidos en el territorio nacional, en conexión con los hechos ocurridos desde el 9 de los corrientes, o anteriores, relacionados con ellos.

Artículo 2º Por el Comandante de la Brigada de Institutos Militares se dispondrá inmediatamente la convocatoria del Consejo o Consejos de Guerra Verbales que estime necesarios, para que por el procedimiento establecido en el Capítulo VII, Título único, del Libro segundo, de la Ley 84 de 1931, **De Justicia Militar,** sean juzgados los delitos de que trata el artículo anterior.

Artículo 3º Los mismos Consejos de Guerra Verbales juzgarán y castigarán, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 84 de 1931, a las personas no militares que hubieren seducido o intentado seducir a las fuerzas militares para que desertaran, conspiraran o se insubordinaran, y demás hechos previstos en el referido artículo.

Artículo 4º El Comando de la Brigada de Institutos Militares, según las disposiciones legales vigentes, ordenará la detención de los sindicados, y hará la designación de los correspondientes Fiscal y Vocales.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 13 de julio de 1944.

ALFONSO LOPEZ

El Ministro de Gobierno, **Alberto Lleras** — El Ministro de Relaciones Exteriores, **Darío Echandía**—El Ministro de Hacienda y Crédito Público, **Gonzalo Restrepo**—El Secretario del Ministerio de Guerra, encargado del Despacho, **Miguel J. Neira**—El Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, **Adán Arriaga Andrade**—El Ministro de la Economía Nacional, **C. S. de Santamaría.** El Ministro de Minas y Petróleos, **Néstor Pineda.** El Ministro de Educación Nacional, **Antonio Rocha**—El Ministro de Correos y Telégrafos, **Alirio Gómez Picón**—El Ministro de Obras Públicas, **Alvaro Díaz**".

"DECRETO 1644

por el cual se crea un cargo y se adscriben unas funciones.

El Presidente de la República de Colombia,

en uso de sus facultades constitucionales y legales, ordinarias y extraordinarias, y teniendo en cuenta el estado de turbación del orden público reconocido por Decreto número 1632, de fecha 10 del corriente mes, en todo el territorio de la República,

DECRETA:

Artículo 1º Para los efectos de que trata el Decreto 1640, de 13 de los corrientes, créase el cargo de Asesor Jurídico en el Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Artículo 2º Ascríbense las funciones del cargo que se crea por el artículo anterior, al Procurador Delegado en lo Civil, doctor Rafael Quiñones Neira. Désele posesión.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a 14 de julio de 1944.

ALFONSO LOPEZ

El Ministro de Gobierno, **Alberto Lleras** — El Ministro de Relaciones Exteriores, **Darío Echandía**—El Ministro de Hacienda y Crédito Público, **Gonzalo Restrepo** — El Secretario del Ministerio de Guerra, encargado del Despacho, **Miguel J. Neira**—El Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, **Adán Arriaga Andrade**—El Ministro de la Economía Nacional, **C. S. de Santamaría.** El Ministro de Minas y Petróleos, **Néstor Pineda.** El Ministro de Educación Nacional, **Antonio Rocha**—El Ministro de Correos y Telégrafos, **Alirio Gómez Picón**—El Ministro de Obras Públicas, **Alvaro Díaz**".

Fundamentación de la demanda

Se señalan como infringidas o violadas las disposiciones de los artículos 22, 24, 113, 117, 118 y 170 de la Constitución Nacional.

Y para explicar su violación, expresa el demandante:

El Decreto 1640 viola el artículo 22 de la Codificación Constitucional, porque de acuerdo con éste, "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", y el Decreto 1640, al ordenar el juzgamiento de que él habla, por medio de Consejos Verbales, ordena un juzgamiento contra la ley preexistente y por Tribunales incompetentes.

En efecto, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 84 de 1931, de los delitos o culpas militares cometidos por **Oficiales de cualquier grado,** cono-

cen los Consejos de Guerra Superiores, pero no los Consejos de Guerra Verbales. Esa es la norma general de jurisdicción militar, excepcionada tan sólo para el caso de que haya de hacerse el juzgamiento **en campaña,** como lo previene el artículo 104 de la misma ley, dentro de los términos y con las condiciones precisas señaladas en él, a saber:

a) Juicio o concepto del Alto Comando o Jefe Superior;

b) Necesidad de tal procedimiento para contener los excesos de la trópa, o restablecer prontamente el orden público, o corregir la moral del Ejército. Pero en todo caso, **en campaña.**

Ahora bien, como en ninguna parte del país se está en campaña, ni se estaba cuando se dictó el decreto, y por consiguiente, hay imposibilidad física y jurídica, por ende, de que el juzgamiento se haga en campaña, como lo exige precisamente la ley para que pueda ser verbal; ello quiere decir, que el Decreto 1640 pretende hacer un juzgamiento contrariamente a lo mandado por las leyes preexistentes, y por ante Tribunales incompetentes. Y si ello es así, es claro que viola la disposición constitucional del artículo 22.

"En campaña", dice el Diccionario de la Academia de la Lengua, es "hallarse **en operaciones** de guerra", y el país ni ha estado ni menos está en ellas, y es imposible que el juzgamiento se haga en campaña, es decir, dentro de tales operaciones de guerra. El mismo primer signatario del decreto, señor Presidente de la República, doctor Alfonso López, el día **antes** de dictarlo, estaba declarando públicamente ante el país la situación de normalidad en que éste vivía: "Ha correspondido al Ejército, como lo quería el Gobierno, **restaurar la normalidad** y reparar, con toda la energía y rapidez que eran necesarias, el grave perjuicio causado a la Nación por los dirigentes de un golpe de fuerza", etc., dijo en su Alocución del 12 de julio, dirigida al pueblo colombiano.

De manera que el 12 de julio ya se había restaurado la normalidad, y no podía estarse en campaña, o sea en operaciones de guerra, ya que esto no es ni normal ni normalidad. Mucho menos el 13, fecha en que se dictó el decreto. Es verdad que el dicho decreto habla de un estado jurídico de guerra, deducido del estado de beligerancia enunciado el año pasado, con relación a países europeos. Pero aparte de que en el Senado de la República se dejó constar que no hay identidad entre el estado de guerra y el de beligerancia, y aparte de que es un hecho cierto que no estamos en operaciones de guerra con Alemania ni con país alguno, ni tampoco en guerra civil, por más que para afirmar lo contrario se apele a un criterio de hermenéutica jurídica, es lo cierto que el juzgamiento no se puede hacer en campaña, único caso en que de acuerdo con la ley preexistente al acto o actos ejecutados, como dice la Constitución, se puede excepcionar la regla general sobre juzgamiento de los Oficiales del Ejército por los Consejos de Guerra Superiores.

El artículo 24 de la Constitución fue igualmente violado por el decreto, porque de acuerdo con aquél, "aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado **ex-post facto,** sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente", y ya está visto y dicho que si rige el Decreto 1640, el sindicado o sindicados vendrían a ser penados con desarreglo y no con arreglo a las leyes vigentes, penales, sobre el particular.

El Decreto 1640 viola la disposición del artículo 117 de la Constitución, porque de acuerdo con ésta, los decretos que dicte el Gobierno dentro de los límites de la turbación del orden público y del estado de sitio, autorizados por esa disposición, no pueden derogar las leyes sino apenas suspenderlas en cuanto fueren incompatibles con la turbación del orden público y con el estado de sitio, y ya se vio que el Gobierno, por medio del Decreto 1640, derogó importantes disposiciones que no son incompatibles con el estado de sitio, puesto que fueron dictadas precisamente para que se cumplieran en guerra o en campaña, que aparejan estado de sitio, violándolas por indebida aplicación. Viola el decreto la misma disposición en su inciso 4º, porque de acuerdo con éste, los decretos dictados por el Gobierno dentro de los límites del estado de sitio y turbación del orden público, dejan de regir "tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento", y ya se vio que de acuerdo con declaración del Primer Magistrado de la República, el 12 de julio, fecha anterior al Decreto 1640, ya había sido reprimido el alzamiento, y ya se vio que en esa fecha ni en las siguientes, la República estaba ni está en guerra, lo que quiere decir que el Decreto 1640 no podía ni puede tener base en hechos inexistentes, so

pena de violar la Constitución de esta otra manera.

Se violó el artículo 118 de la misma Constitución, porque ninguno de los decretos acusados como inconstitucionales se dictó después de oírse previamente al Consejo de Estado. En efecto, esa disposición constitucional se refiere y comprende a todos los decretos que se dicten por el Gobierno **dentro de estos límites**, es decir, dentro de los límites de la turbación del orden público y el estado de sitio, y no simplemente al decreto en que se haga la declaración de turbación de aquel orden y de estado de sitio. Sobre el particular, el inciso es bastante claro: se refiere a todos los decretos. Como se violó el artículo 117, se violó el 118 de la Constitución, en su ordinal 8º, que exige que los decretos que tengan fuerza de ley se dicten con las formalidades prescritas en el artículo 117. Y se violó el artículo 170 de la misma Carta, porque éste manda que "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, **con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar**".

Y se vio y se demostró arriba que el Decreto 1640 y su complementario, el 1644, fueron dictados con el fin de que conozcan de delitos imputados a militares, ciertos Tribunales que no autoriza la ley militar para este caso. Como el Decreto 1640 viola la Constitución, y como el 1644 es complementario de aquél o consecuencial suyo, es igualmente inexequible, y de ahí que la demanda se enderece contra los dos.

Resumen de los cargos de inconstitucionalidad

De la fundamentación que se ha transcrito resulta, en resumen, que los Decretos 1640 y 1644 se acusan de ser inconstitucionales, porque violan los artículos 22, 24, 117, 118 y 170 de la Constitución.

Que se viola el artículo 22, porque según él nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, y el Decreto 1640, al ordenar el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales, lo ordena contra la ley preexistente, o sea contra el artículo 27 de la Ley 84 de 1931, que dispone que de los delitos o culpas militares cometidos por Oficiales de cualquier grado, conocen los Consejos de Guerra Superiores, y no los Verbales; menos si el juzgamiento se hace en campaña, es decir, en operaciones de guerra. Que se viola el artículo 24 del Estatuto, el que establece que aun en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado **ex-post facto**, por lo ya expuesto. Que se viola la disposición del artículo 117 de la Carta, porque de conformidad con ella, los decretos que se dicten no pueden derogar las leyes, sino apenas suspenderlas, y que el Decreto 1640 derogó disposiciones del Código Militar, por indebida aplicación; y violó igualmente el artículo 117, en su inciso 4º, porque los decretos que conforme a él se dicten, dejan de regir tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento, y éste ya se había debelado cuando el decreto se dictó; y porque la Nación no ha estado ni está en guera, interna ni externa. Que se violó el artículo 118, porque los decretos acusados se dictaron sin oírse previamente al Consejo de Estado. Que, finalmente, se violó el artículo 170, porque tales decretos establecen un conocimiento por Tribunales no autorizados por la ley militar.

El concepto del señor Procurador General de la Nación

Este alto funcionario manifiesta a la Corte que a su juicio los decretos acusados no adolecen de vicio de inconstitucionalidad. Al hacer la Sala, más adelante, el estudio que le corresponde sobre las varias disposiciones que comprende la demanda, se refiere a las opiniones expresadas por el señor Procurador.

Consideraciones previas

a) **Competencia de la Corte.** El artículo 149 de la Constitución, sustituído por el 53 del Acto Legislativo número 1 de 1945, le confiere a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y el poder de decidir sobre la exequibilidad de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones que le da el artículo 117 del Estatuto. Antes de la reforma realizada en virtud del Acto Legislativo del presente año, podía ser dudosa la competencia de la Corte para conocer de demandas sobre inconstitucionalidad de los decretos que dicte el Gobierno, cuando el orden público se halla turbado y en estado de sitio la República o parte de

ella. Expedido el Acto reformatorio, la competencia de la Corte Suprema es clara y expresa en el particular.

Sin embargo, es conveniente consignar aquí unas breves consideraciones respecto a la incompetencia de la Corte para fallar demandas de inexequibilidad referentes a decretos extraordinarios de la clase de los que se mencionan, cuando el pronunciamiento o decisión se produce después de levantado el estado de sitio. Pues siendo una regla general y constante en la jurisprudencia de la misma Corte, la de que tales fallos no pueden recaer sobre leyes o decretos cuya vigencia ha desaparecido, por derogación de la norma o por haber ya operado, consumándose, los actos contemplados como finalidad de la ley o el decreto, o agotándose, por así decirlo, su contenido, pudiera acaso entenderse que no es posible jurídicamente articular un fallo de la Corte sobre un decreto expedido durante el estado de sitio, y que por mandato de la Constitución deja de regir al restablecerse la normalidad.

Se observa que este género de disposiciones del Gobierno queda evidentemente sin vigor al levantarse el estado de sitio, por lo cual es también claro que después de producido ese hecho, no podría prosperar el conocimiento por la Corte de demandas referentes a esa clase de decretos, por haber dejado de regir. Mas no se ve por qué no haya de conocer y fallar la Corte una demanda sobre un decreto extraordinario, de los que se contemplan, presentada cuando la norma se hallaba vigente, el orden público estaba alterado y en estado de sitio la República.

El constituyente quiere que la Corte decida acerca de la constitucionalidad de esos actos, y para que la finalidad buscada por él se realice, hay que entender y admitir que la decisión de la Corte puede venir posteriormente a la fecha en que se levanta el estado de sitio, pues el decreto bien puede expedirse con una antelación tan corta respecto a ese hecho de la terminación de la anormalidad, que el conocimiento, trámite y sentencia serían físicamente imposibles en el corto espacio anterior a tal hecho, lo que indica que en el espíritu de la Constitución está el que pueda la Corte pronunciarse aun después de que se ha declarado restablecido el orden público, para que se pueda cumplir el propósito de tutela constitucional que consagra el precepto a que se ha hecho mención. Solamente, se repite, que la demanda debe proponerse cuando está en vigencia el estado de sitio.

Este último requisito se llena en el caso sometido ahora a la Sala Plena, pues el libelo se presentó cuando el orden público se hallaba turbado y en estado de sitio la Nación.

b) **Desarrollo y contenido de este fallo.** El planteamiento de la demanda sugiere el método que ha de seguirse en el desarrollo del presente fallo. El Decreto 1640, como en él se expresa, se dictó teniendo en cuenta el estado de turbación del orden público, reconocido por el Decreto 1632, y que el país se hallaba, al expedirse, en estado de guerra internacional. Es, pues, lo primero, en el estudio que aquí se hace, verificar la juridicidad de esos estados de alteración del orden público interno y externo, y los poderes del Gobierno en ellos, para pasar luego al examen de las disposiciones que contienen los decretos acusados. Son, por tanto, estas las cuestiones constitucionales y jurídicas que por la naturaleza de la materia sometida a la Corte deben ser objeto del estudio por la Sala Plena: primera, la turbación del orden público interno y sus consecuencias en cuanto a las facultades y atribuciones del Gobierno; segunda, el estado de guerra internacional y sus consecuencias en el orden jurídico; tercera, el estudio sobre la constitucionalidad de los Decretos 1640 y 1644.

La turbación del orden público interno y sus consecuencias en cuanto a las facultades y atribuciones del Gobierno

Dos cuestiones se contemplan en este capítulo: la declaración de turbación del orden público interno, en primer lugar, y luego sus consecuencias en lo tocante con las facultades que le corresponden al Gobierno.

A—La turbación del orden público interno

El artículo 117 de la Constitución Nacional, que contiene las normas aplicables, establece que cuando ocurre **conmoción interior** "podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella". Y el 118 previene que la providencia de que trata el 117, ha de tomarse oyendo previamente al Consejo de

Estado. Igual a este precepto era, en lo pertinente, el del artículo 121 de la Carta de 1886.

Las facultades que esas disposiciones le han dado al Presidente de la República durante más de medio siglo han contado y cuentan con el asentimiento de las personas más doctas en asuntos de organización política del Estado, porque ven en ellas el medio indispensable para velar por el mantenimiento del orden público o alcanzar su restablecimiento, mediante la acción coercitiva y drástica del Gobierno, a quien compete, como función esencial y primaria, la de conservar la paz pública, bien supremo al cual se subordinan y ante el cual ceden otros bienes, preciosos a veces, como el de la libertad individual, pero que son siempre inferiores al beneficio común y más alto del orden público.

El concepto general sobre esta delicada pero necesaria función del Presidente de la República se halla traducido en la expresión de todos los comentadores de nuestro Derecho Constitucional. Es innecesario, en el parecer de la Corte, agregar en este punto otras consideraciones, pues el solo enunciado de la situación que se produce en un país con la alteración de la paz, está indicando que los poderes de la autoridad ejecutiva deben ser mayores en esos períodos de anormalidad y proporcionados a la responsabilidad que entonces asume el Gobierno, de defender al país de la anarquía.

Del texto constitucional hasta ahora visto, resulta que la declaración de hallarse turbado el orden público y en estado de sitio la Nación, la hace el Presidente con la firma de todos los Ministros. De conformidad con el artículo 118 de la Carta, el Gobierno debe, además, oír previamente al Consejo de Estado. Son éstos los únicos requisitos que han de llenarse para que constitucionalmente pueda hacer el Gobierno la declaración de que se trata. Advirtiéndose que no es necesario que el concepto del Consejo de Estado se haya proferido favorablemente.

De este poder, así conferido al Presidente de la República, en forma tan amplia, pero proporcionada a la responsabilidad que la Constitución le asigna, se infiere que el decreto por el cual el Presidente con sus Ministros declara turbado el orden público, no cae, por su naturaleza, bajo el control constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sino cuando no haya sido firmado por todos los Ministros o carezca del dictamen del Consejo de Estado.

B—Consecuencias de la turbación del orden público en relación con las facultades del Gobierno

En este capítulo ha de examinarse la parte que pudiera parecer más controvertida, sobre los poderes de que queda investido el Gobierno mientras dura el estado de turbación del orden público.

Para ilustrar ese aspecto de la cuestión conviene ver, siquiera sea someramente, el proceso institucional del país desde cuando se expidió la Carta de 1886, hasta cuando se transformó, en la reforma de 1910, el estatuto que en aquélla había consagrado el régimen de los poderes y facultades del Presidente de la República en los casos de turbación del orden público. La Constitución de 1886, en su artículo 121, había otorgado al Presidente los poderes que en varias emergencias de turbación del orden hubieron de aplicarse, hasta el período en que rigió los destinos nacionales el Presidente General Rafael Reyes, el mandatario que realizó un más dilatado empleo de esas facultades. Reunida la Asamblea Constituyente de 1910, a raíz de su caída del Gobierno, en ella hubo de revisarse con señalado empeño el sistema establecido en la citada disposición de la Carta de 1886. Como la Constitución vigente, en su artículo 117, es tan sólo la reproducción del artículo 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910, su contenido o alcance resulta pertinentemente ilustrado con el análisis de los preceptos expedidos en 1886 y en 1910.

Artículo 21 de la Constitución de 1886

Su texto era de este tenor:

"Artículo 121. En los casos de guerra exterior o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado, y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público, y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

"Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de Gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros".

"El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias".

Cuando se expidió la Constitución de 1886 regía este precepto de la de 1863:

"Artículo 91. El Derecho de Gentes hace parte de la legislación nacional. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia, puede ponerse término a ésta por medio de tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas".

La reforma de 1886 quiso regular de modo más concreto las atribuciones que habían de corresponder, en el nuevo régimen unitario y centralista, al Presidente de la República, para velar por el mantenimiento de la normalidad. A ese fin la comisión que en el Consejo de Delegatarios tuvo a su cargo la redacción del proyecto de Constitución, propuso lo siguiente:

"Artículo 119. En caso de invasión extranjera o de conmoción interior y siempre que la paz y la seguridad pública peligren, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que crea necesarias para contener la agresión o reprimir el alzamiento, con arreglo al Derecho de Gentes. Las medidas extraordinarias, o de carácter provisional legislativo, llevarán la firma de todos los Ministros. El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias, siendo responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en ejercicio de facultades extraordinarias".

Fácil es ver, en la comparación de este artículo del proyecto con el que se adoptó en forma definitiva, algunas diferencias: para el texto de la Constitución se agregó, en el primer inciso, que la declaración la haría el Presidente "previa audiencia del Consejo de Estado"; en vez de la expresión de que "el Presidente quedará investido de las facultades que crea necesarias para contener la agresión o reprimir el alzamiento, con arreglo al Derecho de Gentes", se dijo "de las facultades que le confieran las leyes, y en su defecto, de las que le da el Derecho de Gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento". En lo demás, la disposición del proyecto y de la Carta son iguales en lo esencial.

El señor José María Samper, en su obra **Historia crítica del Derecho Constitucional Colombiano,** explica así el sentido de la reforma realizada en 1886:

"Los constituyentes de 1886, que venían a funcionar a raíz de una desastrosa rebelión, de cuyo desenlace resultó, de hecho, la caducidad de la Constitución de 1863, reconocieron la enormidad e intensidad de los males sufridos durante más de veinte años, y quisieron remediarlos con firmeza. De ahí que en lugar de mantener una disposición como la del artículo 91 citado, cuya elasticidad se prestaba tanto a lo arbitrario, inicuo y violento como a lo justo, necesario y salvador, resolvieron francamente:

"1º Centralizar o **nacionalizar** el mantenimiento del orden público, como una consecuencia necesaria de la unidad de soberanía;

"2º Autorizar al Presidente para declarar **turbado el orden público,** ya por caso de guerra exterior, ya por el de conmoción interior, pero con ciertas formalidades muy importantes que constituyesen garantía de un procedimiento justificado;

"3º Investir al Presidente, mediante la declaración anterior, de todo el cúmulo de facultades necesarias para defender la Nación, en caso de guerra exterior, o las instituciones y el orden, en caso de conmoción interior; obrando siempre con regularidad, sin arbitrariedad, conforme a las leyes, y en defecto de éstas conforme al Derecho de Gentes;

"4º Dar fuerza de actos de carácter **provisional legislativo** a los decretos que dicte el Presidente, en uso de sus atribuciones excepcionales, siempre que tales decretos lleven la firma de todos los Ministros, y

"5º Obligar al Presidente a dar cuenta al Congreso de todas las medidas que dicte en uso de sus facultades extraordinarias, haciendo responsables a **cualesquiera** autoridades por los abusos que cometan en el ejercicio de esas mismas facultades.

"Todo lo dispuesto en este artículo es lo único sensato, verdaderamente científico y conveniente,

porque se funda en la verdad de las cosas, en las necesidades prácticas de una situación violenta, del todo anormal, en el deber y el derecho que tiene el Gobierno de defenderse y defender a la Nación y en el legítimo interés de la sociedad de armarse y obrar con energía cuando se sienta amenazada por agresiones exteriores o por perturbaciones intestinas. Pero todo esto, que es justo y excelente en principio, sería más o menos vituperable en su ejecución, en el punto de vista del derecho de los ciudadanos pacíficos, y en el del interés mismo de la Nación, si no estuviese rodeado de requisitos y condiciones propias para garantir el orden mismo contra la imprudencia o el apasionamiento político del Presidente.

"Y las garantías imaginadas por los constituyentes, fruto de la experiencia y de honradas convicciones, son preciosas y de la más sencilla ejecución. Consisten en estas condiciones:

"1º Que la declaración de la existencia de guerra exterior o de conmoción interior, y por lo tanto, de estar turbado el orden público, sea hecha por el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado, y con la firma de **todos** los Ministros; por manera que el hecho generador de las facultades extraordinarias, aparece revestido de suma respetabilidad, por la importancia que tiene el Gobierno **entero**, el Consejo de Estado y la publicidad misma de los hechos que motivan la declaración oficial:

"2º Que las facultades extraordinarias del Presidente no son todas aquellas que arbitrariamente crea necesarias (como se propuso en el proyecto de Constitución), sino las que le confieran las leyes (como nosotros lo propusimos en el debate); y que sólo **en defecto** de leyes se usará de las facultades que confiere el Derecho de Gentes;

"3º Que las **medidas extraordinarias** o decretos de carácter **provisional legislativo** que dicte el Presidente, no tendrán fuerza obligatoria, si no llevan la firma de **todos** los Ministros, unanimidad que es garantía de discreción y acierto y de la necesidad que dicta los actos;

"4º Que el Gobierno ha de declarar restablecido el orden público **luégo** (inmediatamente, en seguida) que haya cesado la perturbación o el peligro exterior, con lo que cesan las facultades extraordinarias;

"5º Que el Gobierno debe pasar al Congreso una exposición motivada de sus providencias, lo que da ocasión a un examen reparador de cualquier exceso o injusticia, y

"6º Que 'serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias'.

"A nuestro entender, jamás Constitución alguna había dado a Colombia garantías tan serias y eficaces a las libertades públicas y a los derechos e intereses del Estado, como las que este artículo contiene; y él concilia con sabiduría los fueros de la libertad y la justicia, mirando al derecho de los ciudadanos, con la fuerza que necesariamente ha de tener la autoridad, para ser eficazmente protectora del orden social".

Las modificaciones introducidsa al artículo 119 del proyecto sometido al Consejo Nacional Constituyente en 1886 dieron oportunidad a la expresión de conceptos sobre el alcance de la norma, emitidos por algunos delegatarios como los señores José Domingo Ospina Camacho, Miguel Antonio Caro y José María Samper, de los cuales resulta manifiesto el propósito de conceder al Presidente de la República los poderes bastantes para atender a la conservación del orden interno y a la defensa de la soberanía nacional, y de procurar al propio tiempo que el ejercicio de esas facultades se ordenara dentro de ciertos cauces de legalidad. Contra la idea del señor Caro, de dar al Presidente poderes discrecionales, prevaleció el pensamiento del señor Samper y otros delegatarios, que pretendieron sujetar la acción presidencial en los casos de emergencia contemplados, dentro de normas que significaran una garantía de los derechos individuales contra posibles abusos de los funcionarios encargados de aplicar las disposiciones de carácter extraordinario. A esta finalidad se debe posiblemente, el modo como aparecen redactadas algunas de las disposiciones de la Constitución en el Título sobre garantías de los derechos individuales y sociales, que hoy forman el Título III del Estatuto, y en las cuales, como en seguida se verá, se expresa que ellas rigen **en tiempo de paz.** "El honorable señor Ospina y yo —dijo el señor Samper en los debates— deseamos que se determinen claramente las garantías que se suspenden y las que no se suspenden en tiempo de guerra civil... Se comprende que los beligerantes se hostilicen recíprocamente en sus personas y sus propiedades. Pero ¿por qué los inofensivos, los que no son beligerantes han de quedar sujetos a la arbitrariedad de los agentes del Gobierno? ¿Por qué ha de ser permitido arruinarles por completo con expropiaciones y empréstitos forzosos a título de

defensa del orden político? Yo no pido garantías para la propiedad de los rebeldes autores de todo el mal de la guerra; pero sí las creo necesarias y las pido para los inocentes, para la propiedad de las personas inofensivas. Por eso exijo limitaciones y reglas fijas para establecer la justicia en las expropiaciones y los empréstitos forzosos... Hay dos casos distintos: el de preparativos de la guerra y el de la guerra misma; en el primer caso, el Gobierno se apercibe a la defensa, y hace uso del reclutamiento forzoso. En el segundo caso, rotas las hostilidades, se suspenden las garantías individuales, cuando muchas de ellas son más necesarias; el ejercicio de las facultades extraordinarias de que entonces queda revestido el Gobierno es el que debe limitarse por la Constitución y regularse por las leyes, para poner a los ciudadanos inocentes, a los que no sean rebeldes, a cubierto de la arbitrariedad de muchos funciosarios públicos, así militares como civiles". (**Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886.** Librería Americana. Bogotá. 1913).

Como ya se expresó, los puntos de vista propuestos en el Consepo Constituyente de 1886 originaron la redacción que se dio a varias de las disposiciones del Título referente a las garantías individuales. Puede verse allí, en efecto, que en tiempo de guerra el Gobierno impone contribuciones (artículo 29); que puede hacer expropiaciones sin previa indemnización, decretadas por autoridades que no pertenezcan al orden judicial (artículo 30); que la libertad de prensa se suspende (artículo 36); que puede prohibirse la circulación de impresos por los correos (artículo 37); que puede ejercerse simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o la militar (artículo 55). Las disposiciones de la Carta que acaban de citarse fueron redactadas, como en ellas se dice, para tiempo de paz o de normalidad, lo que autoriza entender, así como también lo permiten los antecedentes ya relacionados, que ellas se suspenden en los casos de turbación del orden público.

Pero hay, en concepto de la Corte, otras disposiciones del Estatuto —en el de 1886, de que ahora se trata, así como en el actual—, cuyo imperio ha de limitarse por virtud de la alteración de la normalidad constitucional; no ya precisamente por así inferirse de la redacción que en la Carta se dio a ciertos preceptos, como se ha visto, sino porque la suspensión de su vigencia es un corolario obligado de la situación de hecho y de derecho en que se encuentra colocado el Presidente de la República cuando el orden se perturba; que no podrían continuar rigiendo, como en tiempos normales, porque si así fuese, el Presidente no cumpliría su grave misión de atender a la conservación del orden público o a su restablecimiento. Así, por ejemplo, el artículo 23 de la Constitución de 1886 —hoy el 19— establece que nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes; y aunque la disposición no expresa que ella rige en tiempo de paz, de donde podría deducirse que rige en todo tiempo, aun en el de guerra o de turbación del orden público, sin embargo el propio Estatuto en su artículo 28 —hoy 24— dispone que habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, pueden ser aprehendidas y retenidas de orden del Gobierno, y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública; facultad ésta que aunque no estuviese prevista así, de modo expreso, la tendría, necesariamente, en tiempo de guerra o de turbación del orden, el Presidente de la República, para dar cumplimiento cabal a los deberes que le impone el artículo 121 de la Constitución de 1886, hoy el 117 del Estatuto. Y la libertad de reunión (artículo 46 de la Constitución de 1886, hoy 42) y la libertad de palabra y la de locomoción, que no aparecen reguladas con la advertencia de que la disposición se aplica en tiempo de paz, también sufren, como es obvio, y así se reconoció en los debates del constituyente de 1886, la limitación necesaria al adoptarse por el Gobierno las medidas indispensables para prevenir un movimiento subversivo del orden o para restablecer éste, si ya se ha turbado. Debe agregarse la cita del artículo 44 del Estatuto, que garantiza el derecho de huelga (20 del Acto Legislativo número 1 de 1936), pues aunque la norma no lo dice, ha de suspenderse su ejercicio en circunstancias tocantes con la guarda del orden. La huelga es un procedimiento compulsorio al servicio de los gremios de trabajadores, para lograr ellos el reconocimiento de sus aspiraciones frente al industrial y a personas o entidades a quienes prestan su esfuerzo y colaboración; pero de legítimo instrumetno de justicia en tiempo de normalidad se transforma o pue-

de convertirse en una arma de inequívoco significado, o de clara subversión, como medio eficaz para producir o mantener el desorden.

Consecuencia de lo aquí expuesto es la de que no obstante el propósito que tuvieron los constituyentes de 1886, de reducir a términos precisos el radio de acción presidencial, frente a los preceptos del Estatuto que protegen los derechos individuales y las garantías sociales, sin embargo la limitación no fue taxativa, sino consignada en forma concreta respecto de ciertos derechos y garantías, pero dejando siempre como fuente de limitación la que emana naturalmente de los deberes del Presidente de la República en casos de alteración del orden público, ya causada o presumible por motivos graves.

Además, importa no perder de vista que el constituyente de 1886 conservó para el Presidente de la República, en defecto de las facultades legales, "las que le da el Derecho de Gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento", y que venían desde la Carta de 1863.

Artículo 33 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910

Este precepto, que es también el artículo 117 de la Constitución vigente, dice:

"Artículo 33. En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

"Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

"El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

"El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

"Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

"Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

"En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que se declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio".

Mereció la especial consideración de la Asamblea Constituyente de 1910 el punto que interesa a los fines de la presente exposición. Como el país acababa de salir de un período de anormalidad, y de dictadura por parte del Ejecutivo, todos los partidos políticos representados en el seno de aquella corporación coincidieron en el propósito de hacer la reforma necesaria para que el uso de las facultades extraordinarias por el Presidente de la República en tiempo de turbación del orden público, o con pretexto de ella, no sirviese de instrumento para la ejecución de actos arbitrarios que colocaban la función presidencial fuera del marco de legalidad que la Nación reclamaba, y que la reforma del Constituyente habría de garantizar.

A la discusión de la Asamblea llegaron tres proyectos de reforma, presentados, respectivamente, por los constituyentes Nicolás Esguerra, Pedro M. Carreño y Hernando Holguín y Caro, todos los cuales contenían la disposición que contemplaba el cambio de sistema en punto a las facultades del Presidente.

En el proyecto del doctor Esguerra se hallaba redactada así la disposición:

"Artículo 21. En los casos de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, y deberá en el mismo decreto convocar el Congreso para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes a la fecha del mismo decreto. Si no hace esta convocatoria, el Congreso podrá reunirse de pleno derecho el último de los sesenta días expresados. Mediante la declaracón de estar turbado el orden público, quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes para ese caso, y, en su

defecto, de las que le da el Derecho de Gentes para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento, mientras se reúne el Congreso. Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter de obligatorios, siempre que lleven la firma de todos los Ministros y que por ellos no se deroguen, reformen o suspendan las leyes vigentes. El Gobierno declarará restablecido el orden público y levantado el estado de sitio tan pronto como haya cesado la guerra o se haya reprimido el alzamiento, y dejarán de regir **ipso-facto** las medidas provisionales dictadas por él con los fines taxativamente determinados en este artículo".

En el proyecto del doctor Carreño se encuentra este:

"Artículo. En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones. Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio siempre que lleven la firma de todos los Ministros. El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio. El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento, y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado. Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo. Se reputará como abuso toda providencia que no tenga carácter general y que tienda a hostilizar a personas pacíficas e inofensivas".

El proyecto del doctor Holguín y Caro decía:

"Artículo. Los decretos de carácter provisorio que conforme al artículo 121 de la Constitución dicte el Presidente de la República, no pueden derogar las leyes, sino solamente suspender, mientras dure perturbado el orden público, las que sean incompatibles con el estado de sitio. Se reputará, para los efectos del mismo artículo 121, como abuso toda providencia que no tenga carácter general y que tienda a hostilizar a personas pacíficas e inofensivas". (**Historia del Acto Legislativo número 3 de 1910.** Lácides Segovia. Cartagena, 1914).

Nótase al través de los tres proyectos de reforma que la preocupación principal de sus autores fue la de que el Presidente no pudiera derogar las leyes durante el estado de sitio, sino apenas suspenderlas; que sus disposiciones fuesen de carácter general, no especiales para determinados casos, y que no se hostilizase a personas pacíficas e inofensivas. (Los Decretos legislativos números 11 y 40 de 1905, del Gobierno del General Reyes, entre otros del mismo tenor, habían declarado, el primero "caducada la Ley 108 de 1888", y derogadas, artículo 7º del segundo, "todas las disposiciones expedidas anteriormente sobre desecación de pantanos y lagunas que sean contrarias al presente decreto, exceptuándose de esta derogatoria los artículos 1º y 3º de las Leyes 19 y 137 de 1888, respectivamente"). "Se reputará como abuso toda providencia que no tenga carácter general y que tienda a hostilizar a personas pacíficas e inofensivas", decían los proyectos de Carreño y Holguín y Caro. En el proyecto del doctor Esguerra se decía además que en el decreto sobre turbación del orden público se debía convocar el Congreso para que se reuniese dentro de los sesenta días siguientes, y que si tal convocatoria no se hacía, el Congreso podría reunirse de pleno derecho el último de los sesenta días expresados; y se dijo también que los decretos que dictara el Presidente tendría carácter obligatorio siempre que no derogaran, reformaran o suspendieran las leyes vigentes.

Es fácil observar cómo estas dos últimas sugestiones legislativas no se elevaron a canon constitucional, pues en el texto adoptado no se hace obligatoria la reunión del Congreso en el término de sesenta días, sino cuando se trata de turbación del orden público por motivos de guerra internacional, y porque la disposición de la Carta autoriza expresamente al Gobierno para suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio.

La comisión que estudió los proyectos presentados al Cuerpo Constituyente de 1910 adoptó y propuso a la consideración de la Asamblea el artículo del proyecto que le había sometido el doc-

tor Carreño. La Asamblea lo aprobó suprimiéndole la última parte de su inciso final, que dice: "Se reputará como abuso toda providencia que no tenga carácter general y que tienda a hostilizar a personas pacíficas e inofensivas". Y le hizo en lo tocante con la reunión del Congreso la modificación que aparece consignada en los siguientes incisos: "Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias. En el caso de guerra exterior el Gobierno convocará el Congreso en el decreto que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio".

Comparados los textos de 1886, artículo 121, y de 1910, artículo 33, es importante anotar que en el último se quitó la expresión "las medidas extraordinarias", que figuraba en el primero, y solamente quedó la expresión "los decretos"; supresión ésta que traduce el propósito perseguido por los reformadores de 1910, de que las disposiciones permitidas al Gobierno durante el estado de sitio debían tener carácter general, propio de los decretos, no especial como es el que ordinariamente presentan las órdenes y disposiciones del Gobierno. Contra estas órdenes y disposiciones no generales, que habían sido persecutorias en el régimen dictatorial que precedió a la reunión del constituyente de 1910, se pronunció la reacción que entonces hizo crisis para defender la legalidad y principalmente los derechos de los ciudadanos, conculcados por efecto de determinaciones arbitrarias de las autoridades. Esto es importante para fijar el sentido de la reforma realizada en 1910, pues es indudable, según así aparece de los antecedentes que se han examinado, que el pensamiento de los reformadores no fue, en modo alguno, el de limitar a términos incompatibles con sus deberes de guardián del orden del Presidente de la República, los poderes de que este alto funcionario ha de hallarse revestido en los períodos anormales en que se altera el ritmo de la vida republicana, cimentada en el respeto y obediencia a la autoridad constituída legítimamente. No fue tal la finalidad que buscaron los constituyentes de todos los partidos políticos congregados en la memorable Asamblea de 1910. En la reforma cumplida entonces está claro que aquellos poderes del Presidente debían conservarse y se mantenían, aunque limitándolos en la medida adecuada para no perjudicar inútilmente el interés individual, con la restricción de las garantías que la Constitución otorga a los derechos de los asociados. El señor Caro, figura eminente en el país y en la Asamblea de 1886, había declarado: "En estas circunstancias el Presidente de la República ejerce las facultades que le hayan conferido las leyes, y, en su defecto, las que le da el Derecho de Gentes, dictando decretos de carácter legislativo, pero en manera alguna para disponer libremente de la Hacienda Nacional ni de las vidas e intereses de los ciudadanos, sino con dos únicos fines legítimos, cuales son, defender los derechos de la Nación en guerra extranjera, y restablecer el orden interior si hubiese sido perturbado". (Antecedentes, obra citada).

Establece el artículo 120 de la Constitución de 1886, hoy el 115, que "corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ....7º Conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado", y el artículo 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910, hoy 117 del Estatuto, otorga al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque al deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden público y de restablecerlo, debía corresponder la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de aquella obligación. La paz pública descansa, conforme al Estatuto Fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere, o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva a la normalidad: Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente para que llene la más delicada y alta de sus funciones como suprema autoridad administrativa. La declaración sobre turbación del orden público envuelve máximos atributos de poder, paralelos con una responsabilidad eminente. Obrando el Presidente en el marco amplísimo de sus prerrogativas cuando confronta la República estados de zozobra por la alteración del orden público, sin tomar determinaciones persecutorias contra una o más categorías de ciudadanos, sino en un plano elevado, que por la generalidad de aplicación a todos, excluya el carácter que los reformadores de 1910 quisieron evitarles a las providencias del

Gobierno durante el estado de sitio, los decretos que éste expida en aquellas circunstancias difíciles, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, y si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan, por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas por la Carta, el sello de su legitimidad constitucional. La Constitución sigue rigiendo, claro está, durante la alteración del orden, pero su vigencia ordinaria se suspende, como la de todas las leyes, mientras dura la perturbación, para dar entrada a su vigencia extraordinaria, de legalidad marcial, en cuanto sea ello necesario para que se cumpla por el Jefe del Estado una misión tan grave y alta que lo coloca, por previsión del constituyente, por encima, transitoriamente, del Cuerpo Soberano Legislativo del país; pues es notorio, y así se reconoce en el espíritu, los antecedentes y la finalidad del artículo 117, que en las emergencias de alteración del orden interno, la acción del Gobierno para restablecerlo debe cumplirse, sin la asistencia, colaboración o control del Congreso, ante el cual tendrá sí que comparecer a explicar su conducta y sus actuaciones, una vez que la normalidad se haya restablecido.

Tan delicada es la misión del Presidente, que si de otro modo hubiesen de interpretarse los preceptos de la Carta tocantes con sus atribuciones y deberes en los casos de alteración de la paz pública, aquel encargo sería irrisorio, pues dejaría al Jefe del Estado a merced de los atentados subversivos y revolucionarios, sin los medios de obrar adecuadamente sobre los fines de la conservación y del restablecimiento de la normalidad. Semejante interpretación contrariaría la finalidad de la norma, que quiere que el Presidente ampare y defienda las garantías y derechos de los ciudadanos, y defienda y ampare al propio tiempo el bien supremo del orden.

Dispone el artículo 117 de la Constitución que los decretos que dicte el Gobierno, una vez declarada la turbación del orden, en ejercicio de sus facultades legales y de las reglas del Derecho de Gentes, tienen carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros; y agrega que mediante esos decretos puede el Gobierno suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, pero no derogarlas.

Frente a las atribuciones que el Estatuto concede a la Corte Suprema de Justicia para resolver sobre la vigencia constitucional de las leyes y decretos, ¿en qué situación se colocan los de carácter extraordinario que dicta el Presidente, acompañado de sus Ministros, cuando el orden público se ha perturbado?

Hay en los motivos de esta interrogación conceptos cuyo alcance importa establecer antes de contestar a la cuestión propuesta. En primer lugar, ha de examinarse cuáles son las **"facultades legales"** a que la Constitución se refiere y cuáles las reglas del Derecho de Gentes a que también alude, como normativas de su actividad.

Facultades legales en general, son las que emanan de las leyes, entre ellas la Constitución, que es la Ley Fundamental, y las otras que desarrollan sus preceptos. Tiene el Presidente, según esto, las facultades que de modo directo le confiere el Estatuto, y en primer término la de dictar decretos legislativos con fuerza obligatoria (artículo 113, numeral 8º), como la tendrían las leyes que en situación igual a la contemplada por el Gobierno dictase el Congreso; lo que es tanto como decir que para la emergencia de la turbación del orden pueden los decretos estatuir respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Pero no es esto solo, sino que puede aún el Gobierno, por medio de tales decretos extraordinarios, hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz; pues éste no ha de afectar las garantías individuales y sociales previstas en el Estatuto; en tanto que el Presidente en tiempos de turbación del orden público puede, por medio de decretos autorizados por todos sus Ministros, limitar el ejercicio de aquellos derechos y garantías. Esto, desde luego, sin contrariar las normas que la Constitución de modo expreso ha declarado aplicables siempre, verbigracia, la del artículo 25, conforme la cual no puede el legislador imponer la pena capital **en ningún caso.**

La Corte estima que "las facultades legales" de que trata el Estatuto pueden ser objeto de determinación por el Congreso, mediante normas especiales.

En cuanto a la aplicabilidad de las reglas del Derecho de Gentes a que el artículo 117 se refiere, es oportuno incorporar aquí lo que el señor Caro expresó al respecto al Cuerpo Constituyente de 1886: "Y cuando por deficiencia de las leyes de la República se ocurre a los principios del Derecho de Gentes (en parte considerable con-

signadas en el Código Militar), es patente que no ha de invocarse esa autorización para aplicar la ley de las naciones con fines inicuos de expoliación, persecución y proscripción, sino al contrario, para mitigar los horrores de la guerra y emplear medios políticos y magnánimos para lograr su terminación, puesto que por Derecho de Gentes se entiende precisamente el conjunto de principios que la civilización cristiana, en lucha secular con la barbarie, ha logrado al cabo acreditar y sancionar". (Antecedentes de la Constitución).

El Libro IV del Código Militar vigente, que se adoptó para la Nación por el artículo 1º de la Ley 57 de 1887, contiene las "reglas de Derecho de Gentes que deben observar los jefes de operaciones militares". El artículo 241 de la Ley 84 de 1931 dispone: "La presente ley reemplaza el Libro V del Código Militar, que trata de la Justicia Militar, sin perjuicio de lo estatuído en el Libro IV del mismo Código, que contiene las reglas del Derecho de Gentes que deben observar los jefes de operaciones militares, reglas que continuarán en todo su vigor actual.

Aparece, de la confrontación de los poderes que la Carta otorga al Presidente de la República para situaciones de anormalidad, y de las atribuciones que ella le asigna a la Corte Suprema de Justicia como encargada de la guarda de la integridad de la Constitución, que el conocer ésta de las demandas sobre inexequibilidad referentes a decretos extraordinarios expedidos durante la turbación del orden público, sus atribuciones no son las generales u ordinarias que aplica al resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos expedidos en tiempo de normalidad y de paz. Como consecuencia de los poderes presidenciales en el estado de sitio, el examen de la Corte respecto a la constitucionalidad de los decretos extraordinarios se produce en el campo más limitado o restringido que corresponde correlativamente a la amplitud de la función que el Presidente de la República ejerce cuando el orden público se altera. Habrá de verse entonces cómo la potestad legislativa del Presidente puede invadir zonas que en manera alguna podría afectar una ley del Congreso, en cuanto ella tocase los derechos individuales y las garantías sociales.

Pero hay fuera de esto una modalidad especial e importante, que condiciona la legitimidad constitucional de los decretos extraordinarios a que se hace mención, y es la que mira al juicio, que parece reservado al Congreso, respecto a la conveniencia y necesidad de las medidas adoptadas por los decretos de que se trata. Para juzgar sobre este último punto es natural que el Gobierno, una vez terminado el estado de sitio, presente al Congreso la explicación de sus actos, lo que permitirá a éste conocerlos en sus causas y por sus finalidades. El juez natural del Presidente y de los Ministros, ante quien ellos explican su conducta, está capacitado especialmente para apreciar la relación en que se hallan las disposiciones de los decretos con el deber del Presidente de velar por la conservación o el restablecimiento del orden.

Lo que no es óbice al deber general que tiene la Corte Suprema de Justicia, por razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la Constitución y decidir respecto a la exequibilidad de los decretos legislativos. Sólo que al hacerlo habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República. Hay, como lo expresó el señor Caro, dos órdenes de legalidad constitucional, cuya guarda le compete a la Corte: "La Constitución no cesa de regir en ningún tiempo; ella establece dos órdenes de legalidad: a la luz de la paz reemplaza constitucionalmente, llegado el caso, la legalidad marcial, una verdadera legalidad". (Antecedentes, obra citada).

El estado de guerra internacional y sus consecuencias en el orden jurídico

Es materia del presente capítulo, como ya se advirtió en las consideraciones previas, el estudio sobre la juridicidad de la alteración del orden público por causa de guerra exterior, y de las consecuencias que la turbación produce respecto de los poderes que durante ella corresponden al Gobierno.

A—La declaración de turbación del orden público por guerra exterior

En relación con el primer punto, referente al modo como se produce jurídicamente el estado de turbación del orden por motivo de guerra exterior, ha de observarse que rige aquí también el principio general contenido en el artículo 117 de

la Constitución, que autoriza al Presidente de la República para declarar, en caso de guerra exterior —como en el de conmoción interior— con la firma de todos los Ministros, turbado el orden público y en estado de sitio la República. Sólo que cuando se trata de guerra exterior, la declaración ha de hacerse oyendo al Consejo de Estado, como en la conmoción interior, y además, para declarar la guerra se requiere permiso del Senado, de conformidad con lo establecido en el numeral 9º del artículo 115, de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: "9º Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado o hacerla sin tal autorización cuando urgiere repeler una agresión extranjera; y ajustar y ratificar el tratado de paz, habiendo de dar después cuenta documentada a la próxima legislatura".

El Derecho Público de las naciones y el Internacional de los Estados, escrito o consuetudinario, y el que se origina en diversas fuentes que crea la convivencia de los países, producen formas de expresión de la voluntad de cada pueblo que no son las tradicionales, pero que tienen aplicación y aceptación como modos para manifestar el querer de los Gobiernos que los representan. Por eso cuando se desea verificar el cumplimiento de un requisito exigido por el derecho positivo de un país para que éste declare su voluntad frente a otro, deben tenerse en cuenta estas modalidades de entendimiento de los Estados.

En el derecho público colombiano juegan papel determinante tales consideraciones, pues el estatuto que regula la materia no contempla, como es obvio, las maneras de expresión de la voluntad del Gobierno y del Senado, y dejan así a la libre estimación, según las circunstancias y costumbres de cada época, el cabal cumplimiento de las exigencias constitucionales.

La declaración de guerra exterior y el permiso del Senado no se manifiestan en términos sacramentales y preestablecidos. La Constitución Nacional señala los requisitos que deben llenarse: obtener el permiso del Senado y declarar la guerra cuando no sea el caso **de hacerla** sin esa autorización. El Estatuto no es óbice a la aplicación de fórmulas nuevas, o de procedimientos no limitados a fórmulas -precisas, pero mediante las cuales se exprese la voluntad del Gobierno de hacer la declaración de guerra, y la del Senado de conferirle el permiso para que la haga.

B—Las facultades del Gobierno en el estado de guerra exterior

Si al producirse la declaración de guerra internacional, o al hacerse ésta el Gobierno declara asimismo en estado de sitio la República, es natural que desde que ello ocurre, y por efecto de la turbación del orden, entra en vigor el régimen especial que el Estatuto ha previsto para la acción del Gobierno, y que éste tiene en tales circunstancias los mismos poderes de que se halla investido en caso de turbación del orden público por motivo de conmoción o de guerra interiores.

C—Los requisitos constitucionales se llenaron al dictarse el Decreto 1640

Hechas estas observaciones de carácter general y de aplicación permanente, debe la Corte verificar si en el caso contemplado en el decreto que es materia del presente juicio, el 1640 del año 1944, "por el cual se hace una radicación y se dispone la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales", aquellas condiciones, para que se produzca jurídicamente el estado de guerra internacional, se han llenado.

El decreto en mención expresa en sus considerandos que el país se halla en estado de beligerancia, que jurídicamente es el estado de guerra internacional. Estas expresiones merecen una atenta consideración con el objeto de ahondar su significado y concluír, después del examen natural de la cuestión, si en verdad el estado de guerra internacional se ha producido en el país, jurídicamente, y con qué actos o declaraciones.

En el particular es pertinente tener a la vista las que el Gobierno y el Senado de la República hicieron en los días 26 y 27 de noviembre de 1943.

Como consta y aparece publicado en el **Diario Oficial** número 25408, el señor Ministro de Relaciones Exteriores, presente en el Senado de la República en la noche del 26 de noviembre, hizo en nombre del Gobierno la siguiente declaración:

"El Gobierno alemán ha ejecutado contra la Nación Colombiana una serie de agresiones que tienen el carácter de actos de guerra no provocados, colocándose así en una situación de beli-

gerancia respecto de la República de Colombia. No nos cabe responsabilidad alguna en esa situación, pero no podemos dejar de reconocerla, así como no podemos sustraernos a sus efectos y consecuencias. El Gobierno Nacional deja pública constancia de este hecho y declara que se halla colocado en la obligación de tomar las medidas necesarias para defender al pueblo colombiano de la agresión externa y para preservar su soberanía, su honor y sus derechos. El Gobierno no considera que esas medidas deban interrumpir ni la normalidad constitucional de la República ni la marcha ordenada y regular de sus instituciones jurídicas. En cumplimiento de los acuerdos suscritos en Panamá, La Habana y Río de Janeiro, el Gobierno pondrá estos hechos en conocimiento de las Naciones Americanas, y expresa su voluntad de buscar una vinculación más estrecha con los Estados del Continente a fin de participar con mayor vigor en la defensa común y de fortalecer su propia seguridad".

Y el Senado de la República a su vez expresó:

"El Senado de la República, oída la declaración oficial del Gobierno acerca de los hechos de agresión que le hacen reconocer que Alemania se halla en estado de beligerancia contra Colombia, y de acuerdo con el discurso del señor Ministro de Relaciones Exteriores, expresa su conformidad con tales declaraciones, que implican, a su juicio, la afirmación del derecho de Colombia para asumir la posición que corresponde a la tomada por el Reich.

"El Senado manifiesta ante la Nación y ante los pueblos de América, que está dispuesto, en defensa de la dignidad patria y de los regímenes democráticos, a tomar todas las medidas tendientes a rechazar los ataques de que sea objeto, y a coadyuvar a las que en igual sentido tome el Organo Ejecutivo del Poder Público".

Según se expresa en la declaración del Ejecutivo, el Gobierno alemán había realizado contra la Nación "una serie de agresiones **que tienen el carácter de actos de guerra no provocados,** colocándose así en una situación de beligerancia respecto de la República de Colombia". El Gobierno afirmó pues que las agresiones de Alemania a Colombia tenían el carácter de **actos de guerra no provocados,** y además que ese Estado se colocaba, por virtud de aquellos actos, en una **situación de beligerancia** respecto de Colombia. **Beligerancia** es "calidad de beligerante", y **beligerante** "aplícase a la potencia, nación, etc., que está en guerra". (Diccionario de la Academia Española). No es pues siquiera dudoso el significado de la declaración hecha por el Gobierno ante el Senado de la República, de que la Nación, representada al efecto por su Gobierno, reconocía de manera solemne la beligerancia, o sea la guerra, que otra nación le hacía a Colombia. Y la declaración oficial, después de advertir que al Estado no le cabe responsabilidad alguna en esta situación, que no podía dejar de reconocer, manifestó que lo obligaba a "tomar las medidas necesarias para defender al pueblo colombiano de la agresión externa y para preservar su soberanía, su honor y sus derechos". El Senado, por su parte, declaró "su conformidad con tales declaraciones, que implican, a su juicio, la afirmación del derecho de Colombia para asumir la posición que corresponde a la tomada por el Reich". Es decir, que el Senado de la República encontró bien las declaraciones del Gobierno y lo autorizó a que tomara las medidas necesarias para defender a Colombia de la agresión externa, entendiendo que las declaraciones del Ejecutivo, sobre la beligerancia de Alemania con Colombia, implicaban para ésta el derecho de asumir frente a ese Estado una posición igual de beligerancia o de guerra.

No se encuentran en las declaraciones del Gobierno y del Senado las palabras sacramentales con que en épocas remotas los Estados se declaraban la guerra, pero hay en ellas la expresión clara y completa del reconocimiento del estado de guerra a que había llegado una nación contra Colombia y el estado también de guerra en que Colombia entraba desde ese momento, para responder a la acción bélica de que era objeto.

Es manifiesto el propósito del Gobierno en su declaración, de hacer constar el modo como la Nación fue llevada al estado de beligerancia, en virtud de actos de guerra no provocados, lo que tiene y ha tenido siempre importancia para fijar la posición de los Estados que se comprometen en guerra, y que en este caso impiden que se dé a Colombia el carácter de país agresor. Tal circunstancia pudo influír en el ánimo de quienes hicieron la declaración, para no usar de los términos tradicionales que se emplean cuando un Estado declara a otro la guerra, pues Colombia no la declaró inicialmente, sino que fue a ella por la necesidad de repeler la agresión anterior; siendo desde luego muy claro que en casos como esos la declaración formalista está de sobra, pues

a actos de agresión o de guerra ha de responderse, como el Senado lo autorizó, con la guerra misma.

Al producirse en noviembre de 1943 la declaración sobre estado de guerra a que habían llegado Colombia y Alemania, se abstuvo el Gobierno de declarar en estado de sitio la República. No quiso, según lo expresó en documentos públicos, alterar la normalidad interna mientras esa medida no fuese indispensable. "Se procurará, en todo caso —decía el Presidente Encargado en comunicación a los Gobernadores, al día siguiente de hechas las declaraciones del Gobierno y del Senado— que la normalidad interna se conserve inalterable mientras ella no sea estrictamente incompatible con la nueva situación". (**Diario Oficial** citado).

El 10 de julio último, el Primer Designado, Encargado de la Presidencia de la República, dictó en asocio de todos los Ministros el Decreto número 1632, en el que se dice que se han presentado en el Departamento de Nariño "graves sucesos que alteran el orden constitucional en el país" y se declara "turbado el orden público en todo el territorio nacional".

Al estado de guerra internacional se agregó pues el de turbación del orden público interno.

En esas circunstancias se expidió, tres días después, el 13 de julio, el Decreto número 1640, "por el cual se hace una radicación y se dispone la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales", que es objeto de este fallo. El decreto se dictó teniendo en cuenta el estado de turbación del orden público, ya declarado, y que "el país se halla en estado de beligerancia, que jurídicamente es el estado de guerra internacional". La verificación de esos estados jurídicos de perturbación del orden y de guerra internacional, que constituyen fundamento del decreto, era necesaria para pasar después al examen de las disposiciones del mismo. El análisis que precede ha llevado a la Sala a deducir que realmente son ciertas y jurídicas aquellas bases en que se apoyó el decreto acusado como inconstitucional.

Procede ahora ver las disposiciones del citado decreto en relación con los cargos de inexequibilidad que les hace la demanda.

Estudio sobre la constitucionalidad de los Decretos 1640 y 1644

Insertos ya al principio de este fallo los decretos acusados, apenas es necesario, en el presente capítulo, recordar que el artículo 1º del Decreto 1640 radica en los Institutos Militares el conocimiento de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en el territorio nacional, en conexión con los hechos ocurridos desde el 9 de julio, o anteriores relacionados con ellos; que el artículo 2º establece que el Comandante de la Brigada de Institutos Militares dispondrá la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales, para que, por el procedimiento del Capítulo VII, Libro II, de la Ley 84 de 1931, se hagan los juzgamientos a que se refiere el artículo anterior; que el artículo 3º dispone el juzgamiento por los mismos Consejos de Guerra Verbales, de las personas no militares que hubieren seducido o intentado seducir a las fuerzas armadas para que desertaran, conspiraran, se insubordinaran y demás hechos previstos en el artículo 17 de la Ley 84 de 1931; y que el artículo 4º previene que el Comando de la Brigada ordenará la detención de los sindicados y hará la designación de los correspondientes Fiscal y Vocales. El Decreto 1644 crea el cargo de Asesor Jurídico en el Comando de la Brigada de Institutos Militares y adscribe sus funciones al Procurador Delegado en lo Civil.

Conviene también recordar aquí que el demandante considera violados los artículos 22, 24, 117, 118 y 113 y 170 de la Constitución: porque el Decreto 1640 ordena el juzgamiento por Consejos Verbales, contra ley preexistente, o sea el artículo 27 de la 84 de 1931, que atribuye el conocimiento a los Consejos de Guerra Superiores, a menos que se haga **en campaña**, y que el de que ahora se trata no es en campaña, es decir, en operaciones de guerra; que se viola el artículo 24, según el cual aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado **ex-post facto**; que se quebranta el artículo 117, porque los decretos que él autoriza no pueden derogar las leyes, sino apenas suspenderlas, y porque el inciso 4º de ese precepto previene que los decretos que se dicten dejan de regir tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento, y éste ya se había debelado cuando el decreto se dictó, y la Nación no estaba ni está en guerra, interna ni externa; porque los decretos acusados se dictaron sin oír previamente al Consejo de Estado (artículo 118); y porque los decretos establecen un juzgamiento por Tribunales no autorizados por la ley militar (artículo 170).

Es el motivo principal de la acusación de inconstitucionalidad, el que por medio del Decreto 1640 se establece el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales de Oficiales de cualquier grado, contrariándose lo previsto en el artículo 27 de la Ley 84 de 1931, que dice:

"Corresponde a los Consejos de Guerra Superiores, conocer de las causas por delitos o culpas militares que cometan, los Oficiales de cualquier grado, los empleados militares, los empleados administrativos y los particulares sujetos a la jurisdicción militar".

El Decreto 1640 dispone la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales para que juzguen por el procedimiento establecido en el Capítulo VII, Título único, Libro segundo, de la Ley 84 de 1931. En ese Capítulo VII, que trata del Consejo de Guerra Verbal, se halla consignada esta disposición:

"Artículo 104. Los delitos de traición, sedición, insubordinación, incendio, pillaje, cobardía y otros de mayor o igual gravedad, podrán juzgarse, en campaña, por Consejos de Guerra Verbales, siempre que, a juicio del Alto Comando o Jefe Superior, sea preciso tal procedimiento para contener los excesos de las tropas o para restablecer prontamente el orden público o corregir la moral del Ejército, por medios extraordinarios de energía".

El Decreto 1640, como en él se expresa, ordena el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales y por el procedimiento que éstos deben aplicar de conformidad con el Código Militar vigente. La novedad del decreto consiste, pues, en disponer que el juzgamiento se haga por Consejos de Guerra Verbales, y no por Consejos de Guerra Superiores, no estando autorizados los primeros sino "en campaña", situación ésta que, a decir del demandante, no se presenta en el hecho o hechos sobre los cuales actúan los Consejos establecidos por el decreto.

Empezando por el examen de esta circunstancia prevista en la Ley 84 de 1931, de obrarse **en campaña,** es oportuno hacer algunas consideraciones.

Campaña, es, según lo entiende el demandante, estado de guerra, de operaciones de guerra. Cuando el Decreto 1640 se expidió, el país se hallaba, según se ha visto, en estado de turbación del orden público interno y en situación de guerra internacional. **Operaciones de guerra,** hallándose la Nación en estado de sitio por causa de un movimiento sedicioso y de rebelión del Ejército, no son únicamente las que hayan de producirse en los campos de batalla, entre fuerzas leales a la autoridad legítima, y fuerzas rebeldes, sino, además, todas las actividades de los organismos coercitivos del Estado, que concurran a dominar y poner en inacción y sometimiento a los insubordinados. Categoría ésta de actividades que no puede razonablemente limitarse al concepto restringidísimo de los actos en frentes de batalla.

El Código Militar de 1931, en la disposición que se comenta (artículo 104), parece redactado teniendo en cuenta la insurrección o el alzamiento del pueblo contra el Gobierno, y no la rebelión dentro del Ejército, lo que hace ver como de más fácil aplicación el concepto **en campaña** al encuentro que tienen las fuerzas regulares con los insurrectos pertenecientes a los ciudadanos o pueblo que se arman contra la autoridad, pues entonces resulta natural y frecuente que el Ejército de la Nación persiga a los focos rebeldes, y libre con ellos encuentros o batallas, y así se produzcan, literalmente hablando, acciones de guerra **en campaña,** en el campo de batalla. Pero no ocurre lo propio cuando se trata de la rebelión, mucho más grave, producida dentro de los cuarteles y en las filas del Ejército, pues entonces, como ya se vio, son actos eminentemente característicos de guerra, de operaciones de esta clase, todos los que realiza el Gobierno Ejecutivo para reducir a la impotencia el movimiento de insubordinación o rebeldía. La circunstancia de ser dentro del Ejército donde se causa el movimiento, hace que, por las conexiones que en aquél tienen las varias armas que lo forman, como institución unitaria que es en toda la República, si se trata de conspiradores militares en servicio activo, comprometidos en un golpe de fuerza para derrocar el Gobierno legítimo y reemplazarlo por otro constituído con bases de violencia, afianzado en las armas, un foco rebelde de esta clase, por sus vinculaciones reales o posibles con otro u otros en el Ejército, significa un serio peligro de alteración de la paz, y no puede ni debe razonablemente mirarse constreñido o limitado tan sólo a un acto de los rebeldes, en un sitio dado, ya que éste puede ser apenas una manifestación, entre muchas, de los varios episodios de una rebelión en que participan todas las fuerzas armadas de la Nación. La delicadeza del asunto es manifiesta, porque si existe concierto de sedición y rebeldía con fines al golpe de Estado que destruya la

legalidad por medio de la fuerza, las consecuencias de un suceso de violencia armada por parte de unidades del Ejército, son imprevisibles. Por eso la acción del Gobierno sobre fuerzas armadas rebeldes, para reducirlas a la impotencia, es por su naturaleza de las más delicadas y graves, que equivale o sobrepasa en peligrosidad a la acción en campaña que se realiza sobre revolucionarios no militares.

El apresamiento del Jefe de la Nación por Oficiales del Ejército en servicio activo, es un hecho de suma gravedad, que indica claramente el propósito de desconocer la autoridad legítima en su más alto representante. El hecho ocurrido en la ciudad de Pasto el 10 de julio, que imposibilitó al Excelentísimo señor Presidente de la República para ejercer su cargo, y los demás actos de violencia armada realizados en aquella ciudad y en otras del país, dentro del Ejército, por militares en funciones, exigían del Gobierno una serie de actos que caben dentro de la categoría de los contemplados en el artículo 104 de la Ley 84 de 1931, "para restablecer prontamente el orden público" y "corregir la moral del Ejército con medios extraordinarios de energía". La acción **en campaña,** se estaba cumpliendo, en un sentido razonablemente amplio y comprensivo de la expresión, por los actos del Gobierno sobre los militares al servicio de la Nación en las varias unidades y armas que forman el Ejército, cuando el Decreto 1640 fue expedido.

El país se hallaba, pues, en estado de guerra internacional y de turbación del orden interno, y además, se cumplía, al dictarse el decreto, la circunstancia prevista por la ley militar vigente, artículo 104, de hallarse la Nación, por aplicación extensiva de la frase legal, **en situación de campaña,** de la autoridad ejecutiva contra el movimiento subversivo del Ejército.

Cuando se produjo el golpe de Pasto, el 10 de julio, existía ya el estado de guerra internacional, como se ha visto, y además, había operaciones de guerra inherentes a esa situación. De manera que los delitos por los cuales se juzgó a los rebeldes fueron ejecutados durante la época en que tales operaciones se desarrollaban, aunque es lógico que su preparación debió ser anterior a los actos materiales que culminaron en la conmoción interna del 10 de julio, y que determinaron la declaratoria del estado de sitio. En estas circunstancias, sería imposible desconocer que los delitos que debían juzgar los Consejos de Guerra Verbales fueron cometidos **en campaña,** porque eso sería apartarse de la realidad de los hechos y darle a aquella expresión un significado ceñido enteramente a la literalidad, lo que no se compadece con la función que le corresponde al intérprete de la ley, ya que éste debe atender ante todo a la finalidad social de la norma.

A las precedentes razones demostrativas de haberse llenado el requisito legal de obrarse **en campaña,** al ser expedido el Decreto 1640, debe agregarse la consideración de que tal requisito es, como se expresa, puramente legal, y que no es de aquellos que no pueden suspenderse o reemplazarse, en cuanto a su contenido, por la legislación extraordinaria que se dicta durante la turbación del orden público. Adelante, al examinar las disposiciones del Decreto 1640, se vuelve sobre este punto, del poder de suspensión de las leyes preexistentes, limitado por la Constitución en otros órdenes de relaciones, cuando se mira a las penas preestablecidas en las leyes, las que no son susceptibles constitucionalmente de ser suspendidas ni modificadas.

Dice la demanda que el Decreto 1640 viola el artículo 22 de la Constitución, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunales competentes, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, porque el decreto acusado es una ley posterior a los actos sobre los cuales va a juzgarse, y porque el Tribunal competente, de acuerdo con la ley anterior, es el Consejo Superior de Guerra y no el Verbal.

Se afirma asimismo que fue vulnerado por el Decreto 1640 el artículo 24 de la Carta, conforme al cual, aun en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado **ex-post facto,** sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente. En el parecer de la Corte, son infundados estos reparos de inconstitucionalidad, porque el decreto no define delitos ni establece penas, sino que provee al modo de juzgamiento, asunto diferente, que no está comprendido en la norma del artículo 24 citado.

Como muy bien lo expresa el señor Procurador General de la Nación, "en el decreto acusado no se habla siquiera de los hechos delictuosos ni de las penas que habrán de imponerse, pues ello se deja, por así disponerlo la Constitución, a las leyes preexistentes a tales hechos. Tampoco se crean nuevos Tribunales ni se establecen formas

nuevas para los correspondientes juicios, pues éstos ya existían antes de que se expidiera el decreto. Lo único que se hace por medio del decreto que tiene fuerza legislativa, como expresamente lo dice el numeral 8º del artículo 113 de la Constitución, es disponer que para el juzgamiento de los hechos delictuosos de que allí se habla, erigidos en delitos con anterioridad al decreto, se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 104 y siguientes de la Ley 84 de 1931".

A lo que ha de agregarse, observa la Sala, que al establecer el Decreto 1640 el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales, se ajustó a lo dispuesto en la Ley 153 de 1887, artículo 43, que dice:

"La ley preexistente prefiere a la ley **ex-post facto** en materia penal. Nadie podrá ser penado sino por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40".

Y éste dispone que las leyes sobre sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Por consiguiente, al relacionar las dos disposiciones, el artículo 40 y el 43 de la ley en cita, resulta que las leyes que establecen tribunales y determinan el procedimiento —como el Decreto 1640— prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Siendo esto así, como lo es, con notoria claridad, el régimen establecido por el Decreto 1640, **Decreto legislativo,** al tenor del numeral 8º del artículo 113 de la Constitución, no se halla comprendido dentro de la normación del artículo 24 del Estatuto, y por lo mismo, la tacha de inconstitucionalidad en relación con ese precepto, es infundada.

Puede agregarse, extendiendo un poco más el análisis, que en los textos ya citados y en los que van a verse, el legislador de 1887, formado por el mismo personal que expidió la Constitución de 1886, dio en aquella Ley 153 —calificada con justicia como un monumento de sabiduría, por el acierto de sus reglas, principalmente en materia de interpretación de la ley—, preceptos que consagran, no al acaso, sino sistematizadamente, un criterio completo en el particular. El artículo 44 establece que "en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo **en que se cometió el delito**"; y el artículo 45 dice: "La precedente disposición tiene **las siguientes aplicaciones:** la nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter **de delito** a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación. Si la ley nueva aminora de un modo fijo **la pena** que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja **de pena.** Si la nueva ley reduce el máximum de **la pena** y aumenta el mínimum, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado. Si la ley nueva disminuye la **pena corporal** y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua. Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna".

Ha subrayado la Sala en los artículos 44 y 45 transcritos, las expresiones el delito, de delito, la pena, de pena y pena corporal, para hacer notar cómo las disposiciones se refieren exclusivamente **a delitos y a penas.** Ya la otra regla, del artículo 43, había dicho expresamente que el principio de que la ley preexistente prefiere a la ley **ex-post facto** en materia penal, sólo se refiere a las que definen y castigan los delitos, pero no a las que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, pues estas últimas rigen, según el artículo 40, desde el momento en que entran en vigor. Es todo un sistema completo de interpretación el que consagran los artículos 40, 43, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, al cual no es posible sustraerse cuando se trata de interpretar la Constitución. Pues los artículos 22 y 24 de ella fueron desarrollados e interpretados por el legislador, que como se observó, por extraña y feliz ocurrencia, fue al propio tiempo el constituyente de 1886.

Los artículos 40, 43, 44, 45 y 47 desarrollan en la Ley 153 el pensamiento constitucional. El constituyente había dicho que en materia criminal la ley permisiva o favorable se aplicará de preferencia. El artículo 44 de la ley dice que en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, repitiendo el mandato constitucional. Luégo el artículo 45 lo desarrolla diciendo que esa disposición tiene **las aplicaciones** que allí señala, todas las cuales, como se ha visto, se refieren a delitos y a penas, ninguna a los tribunales ni al procedimiento. En sentencia de esta Sala Plena dictada en la demanda que propuso contra

la exequibilidad del artículo 722 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), la Corte hizo consideraciones que van a ser complementadas por las que aquí se consignan, en lo tocante al contenido de los artículos 22 y 24 del Estatuto.

Entonces se expresó, y ahora se subraya lo que va a transcribirse, tomado de aquel fallo, y que tiene especial oportunidad en este caso de acusación contra los Decretos 1640 y 1644 de 1944, que se expidieron en circunstancias de anormalidad, de las contempladas por la Corte en el anunciado pasaje de ese fallo, que en seguida se inserta:

"No carece de significación la variante que hicieron los constituyentes colombianos al emplear en el artículo siguiente al 22 el término penado en vez de juzgado. 'Aun en tiempo de guerra —dice el 24— nadie podrá ser penado ex post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente'. Comparando los dos textos, resulta esta notable diferencia en apoyo de la tesis que se viene sustentando: que el 22 establece un régimen de limitaciones para la normalidad que contempla la función penal por el triple aspecto de la ley anterior al hecho imputado, de la jurisdicción y de las formas propias del juicio, y que en el 24 sólo queda en pie la garantía de la preexistencia de la regla prohibitiva, pudiendo el Estado proveer en lo demás de acuerdo con la necesidad de restablecer el orden público".

Se expresa en la demanda que el Decreto 1640 viola el artículo 117 del Estatuto, porque de acuerdo con este canon, los decretos de carácter extraordinario que él autoriza a expedir, no pueden derogar las leyes sino suspenderlas, y el decreto derogó disposiciones del Código Militar por indebida aplicación. Se alude a las disposiciones que establecen el juzgamiento de los Oficiales del Ejército por Consejos de Guerra Superiores. Esta tacha de inconstitucionalidad tampoco prospera. El Decreto 1640 no derogó las disposiciones a que se hace referencia, sino que tan sólo dio aplicación a normas nuevas autorizadas por la Carta, suspendiendo al propio tiempo, como podía hacerlo, la vigencia de las anteriores mientras duraba el estado de turbación del orden.

Afírmase que el artículo 118 de la Constitución fue desconocido por el Decreto 1640 y por el 1644, pues ambos se dictaron sin oírse previamente el dictamen del Consejo de Estado. Esta tacha de inconstitucionalidad igualmente no prospera. "En los casos de que tratan los artículos 24 y 117 —dice el artículo 118— el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado, **para dictar las providencias de que tratan dichos artículos".**

El artículo 24 establece que habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público pueden ser aprehendidas y retenidas, por orden del Gobierno, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública; y el artículo 117 establece que en caso de guerra exterior o de conmoción interior, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella; estas son "las providencias" de que tratan los artículos 24 y 117, y para dictarlas debe oír el Gobierno previamente al Consejo de Estado: Para aprehender y retener a ciertas personas y para declarar turbado el orden público y en estado de sitio la Nación o parte de ella, debe oírse a aquella corporación.

Tales son las providencias de que tratan los artículos citados por el 118. Las demás, como son todos los decretos que como consecuencia de la turbación del orden dicte el Gobierno, ya no quedan comprendidas en la previsión del artículo 118. "Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente, tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros", dice el artículo 117, después de expresar que mediante la declaración de hallarse turbado el orden público, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que resultan del Derecho de Gentes. Los decretos extraordinarios son medidas adoptadas por el Gobierno en uso de las facultades que le ha conferido la declaratoria de turbación del orden público. Turbado éste, y en estado de sitio la Nación, el Presidente dicta decretos extraordinarios legislativos. El Presidente con sus Ministros, tiene entonces la facultad legislativa (artículo 113, numeral 8º). Sus providencias en este estado son el ejercicio natural de sus facultades extraordinarias de que queda investido en virtud de la medida sobre turbación del orden público, a la cual se refiere concretamente el artículo 117, como acto principal, para cuya ejecución sí se requiere que el

Presidente oiga previamente el concepto del Consejo de Estado. Los otros decretos que dentro de los límites de turbación del orden dicta el Gobierno, tienen carácter obligatorio "siempre que lleven la firma de todos los Ministros", único requisito para que entren en vigencia.

Los razonamientos anteriores dirigidos a demostrar que los decretos que dicte el Presidente, distintos al de turbación del orden público y declaratoria de estado de sitio, no requieren la vista y concepto del Consejo de Estado, se complementan con otro argumento sacado del proceso por que pasó la institución de que se trata, desde el Estatuto de 1886 hasta el Acto Legislativo número 1º de 1945. En 1886 dijo el constituyente:

"Artículo 121. En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, **previa audiencia del Consejo de Estado** y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. **Mediante tal declaración, quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes,** y en su defecto, de las que le da el Derecho de Gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. **Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios, siempre que lleven la firma de todos los Ministros".**

Es muy claro, como aparece del texto transcrito, que el constituyente de 1886 estableció como obligatoria la audiencia del Consejo de Estado para que el Presidente con todos sus Ministros pudiese declarar turbado el orden público y en estado de sitio la República, y que no exigió tal intervención del Consejo para las medidas extraordinarias y los decretos que ulteriormente dictase el Presidente, los que serían obligatorios siempre que llevasen la firma de todos los Ministros, como único requisito. Se ve nítido el pensamiento del constituyente: que el decreto de turbación y de estado de sitio se dictara con audiencia del Consejo de Estado, y que las medidas y los decretos ulteriores se diesen sin tal intervención del Consejo. Al expedirse el Acto legislativo número 3 de 1910, no hizo mención al Consejo de Estado, seguramente por no estar funcionando esa entidad. Entonces se dijo:

"Artículo 33. En caso de guerra exterior o de conmoción interior, **podrá el Presidente con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.** Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones. **Los decretos que dentro de estos límites dicte el Gobierno, tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros".**

Y luégo, al restablecerse el Consejo de Estado, el artículo 7º del Acto legislativo de 1914 dispuso que en el caso contemplado por el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, el Gobierno debía oír previamente al Consejo de Estado. Naturalmente, al revivirse el Consejo se restableció la función que de modo particular se le había conferido en 1886, y no otra, y la función restablecida era la de ser oído el Consejo previamente a la declaratoria del estado de sitio, y no en los actos que realice durante éste el Presidente de la República. Por eso, incorporados hoy al texto de la Constitución, en los artículos 117 y 118, los de 1910 y 1914, no puede darse a ellos un alcance distinto del que tuvieron en su origen, cuando se limitó la intervención del Consejo de Estado al decreto sobre turbación del orden público.

Tampoco viola el Decreto 1640 la norma del artículo 170 de la Carta, según la cual, de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, "conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Militar". El Decreto 1640 da el conocimiento a Tribunales Militares, y en manera alguna se opone a la aplicación por ellos de las prescripciones del Código Penal Militar.

Finalmente, ha de considerarse el reparo que se hace consistente en que los Decretos acusados violan el inciso 4º del artículo 117 de la Constitución, porque de acuerdo con él, los decretos que dicte el Gobierno dejan de regir tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento, pues el demandante estima que aquél había sido debelado cuando el decreto se dictó, y que la Nación no ha estado ni está en guerra interna ni externa. Ya se dijo en este fallo que el movimiento subversivo del 10 de julio, por haberse producido dentro del Ejército, se caracteriza por una singular complejidad, que le resulta de ser los guardianes del orden y de la paz pública quienes se han rebe-

lado contra la autoridad legítima; de cómo no se trata de un foco rebelde aislado, limitado y limitable por lo mismo, con facilidad, a un punto o región, sino que por sus conexiones abarca todo el país; que no es el caso de la subversión del pueblo o de los ciudadanos, que podría debelarse con la acción oportuna y vigorosa del Ejército; sino al contrario, de una rebelión en el Ejército mismo. Decir, en tales circunstancias, que la normalidad se restablece simplemente por haber recobrado su libertad el señor Presidente de la República, es tanto como desconocer el fenómeno tan complejo que se produjo y que se producirá siempre que los golpes de fuerza o golpes de Estado tengan su origen en la institución armada que se halla en servicio o actividad. Por estas razones, y sin conocer la Corte, por no ser ello propio de su función, la naturaleza íntima del movimiento subversivo de Pasto, en relación con la entidad del trastorno causado dentro de las filas del Ejército, que alteró su disciplina y su régimen hasta el punto de producir el atentado contra la organización institucional de la República establecida en la Constitución, se halla en incapacidad de juzgar y decidir que los decretos acusados se dictaron cuando ya el alzamiento se había reprimido. Que ellos se expidieron hallándose turbado el orden público y en estado de guera exterior la Nación, es un hecho ya dilucidado y demostrado en otras partes de esta sentencia.

No prospera, por consiguiente, ninguna de las tachas de inconstitucionalidad que el demandante les formuló a los Decretos 1640 y 1644.

Aquí podría cerrarse esta exposición, pero, sin embargo, es oportuno consignar en ella un antecedente legislativo que tiene, con el que es objeto de la presente decisión, una similitud muy señalada, y que contribuye a ilustrar la materia. Se trata de un caso de turbación del orden público y de juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales en el año de 1928. Por causas que las mismas providencias oficiales que van a insertarse explican, se produjeron en la Zona Bananera del Departamento del Magdalena algunos hechos que, en concepto del Gobierno, implicaron la turbación del orden público, por el desconocimiento de las autoridades y el ataque a las fuerzas del Ejército y a personas y a propiedades de particulares, y ello motivó la declaración de turbación del orden y luégo el establecimiento de Consejos de Guerra Verbales para juzgar a los responsables del atentado contra la legitimidad.

Para declarar turbado el orden público se dictó la siguiente providencia:

"DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 1º DE 1928

(DICIEMBRE 5)

por el cual se declara turbado el orden público en la Provincia de Santa Marta (Departamento del Magdalena)

El Presidente de la República de Colombia,

en uso de sus atribucionaes constitucionales, y

CONSIDERANDO:

Que en la llamada Zona Bananera se han producido hechos que turban el orden público, como el desconocimiento de las autoridades legalmente constituídas, ataques a fuerzas del Ejército y atentados contra las personas y propiedades de particulares;

Que es menester tomar medidas rápidas y enérgicas, como son las que autoriza el imperio de la ley marcial;

Que es obligación del Gobierno mantener el orden y la paz, y amparar la vida, bienes y legítimos derechos de las personas residentes en Colombia;

Que consultado previamente el honorable Consejo de Estado, éste ha sido del parecer que es el caso de que el Gobierno declare turbado el orden público,

DECRETA:

Artículo 1º Declárase turbado el orden público en la Provincia de Santa Marta (Departamento del Magdalena).

Artículo 2º Nómbrase al General Carlos Cortés Vargas, Jefe Civil y Militar en dicha Provincia.

Artículo 3º Por decretos subsiguientes se tomarán las medidas que las circunstancias exijan.

Publíquese.

Dado en Bogotá, a cinco de diciembre de mil novecientos veintiocho.

MIGUEL ABADIA MENDEZ

El Ministro de Gobierno, **Enrique J. Arrázola.** El Ministro de Relaciones Exteriores, **Carlos Uribe**—El Ministro de Hacienda y Crédito Público, **Esteban Jaramillo**—El Ministro de Guerra, **Ignacio Rengifo B.**—El Ministro de Industrias, **José Antonio Montalvo**—El Ministro de Educación Nacional, **J. Vicente Huertas**—El Ministro de Correos y Telégrafos, **José Jesús García**—El Ministro de Obras Públicas, **Sotero Peñuela**".

(**Diario Oficial** número 20962).

Sobre juzgamiento se expidió este Decreto:

"DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 2 DE 1928

(DICIEMBRE 31)

por el cual se dictan algunas disposiciones sobre juzgamiento de los delitos cometidos en la Provincia de Santa Marta durante el imperio de la ley marcial.

El Presidente de la República de Colombia,

en uso de las facultades de que se halla investido conforme al artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 43 de la Ley 153 de 1887, 1099, 1100, 1369, numeral 2º, 1374 y 1523 del Código Militar, y

CONSIDERANDO:

Que actualmente se hallan detenidos en la Provincia de Santa Marta, tanto por orden de las autoridades civiles como de las militares, muchos individuos sindicados por los delitos cometidos durante la revuelta recientemente allí ocurida;

Que es indispensable que esos detenidos sean juzgados lo más pronto posible, para satisfacer los intereses de la justicia y evitar que se prolongue la detención de las personas que resulten inocentes, y al mismo tiempo obtener el castigo inmediato de los responsables.

Que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, y el artículo 43 de aquella ley estatuye que la regla establecida en el respecto de la aplicación preferente de la ley preexistente en materia penal, 'sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento';

Que conforme al artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, mediante la declaración del estado de sitio, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones, conforme a las cuales, y según costumbre observada invariablemente por los países civilizados, en los territoros sometidos al estado de sitio corresponde a los Tribunales Militares el juzgamiento en Consejo de Guerra Verbal de todos los delitos que se cometan por personas militares o civiles dudurante la vigencia de la ley marcial".

DECRETA:

Artículo 1º Las personas que actualmente se hallan detenidas dentro del territorio de la Provincia de Santa Marta, como sindicadas de delitos cometidos por causa o con motivo del movimiento subversivo ocurrido últimamente en esta Provincia, cualquiera que sea la índole o naturaleza de tales delitos; y también las personas que sean detenidas en lo sucesivo por las mismas causas arriba expresadas, serán juzgadas por Consejos de Guerra Verbales. los cuales se instalarán y funcionarán conforme a lo dispuesto en el Código Militar y en las leyes y disposiciones que lo adicionan y reforman.

Artículo 2º Los sindicados podrán ser juzgados en juicios separados, si la buena marcha de los procedimientos y los intereses de la justicia así lo exigieren.

Artículo 3º A los detenidos contra los cuales aparezca la prueba legal no se les concederá el beneficio de excarcelación.

Artículo 4º Las sentencias que de conformidad con este Decreto, dicten los Consejos de Guerra Verbales, se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 1533 del Código Militar.

Artículo 5º Como los Oficiales del Ejército que están actuando en la Provincia no pueden ser distraídos en sus atenciones militares, el Ministro de Guerra, de acuerdo con el señor Jefe Civil y Militar de la misma Provincia, designará el personal que deba integrar los respectivos Consejos de Guerra Verbales.

Artículo 6º Quedan suspendidas temporalmente las leyes incompatibles con el presente Decreto,

el cual empezará a regir desde su publicación en la Provincia de Santa Marta.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiocho.

MIGUEL ABADIA MENDEZ

Por el Ministro de Gobierno, el Secretario autorizado, **Francisco Castilla G.**—El Ministro de Relaciones Exteriores, **Carlos Uribe**—El Ministro de Hacienda y Crédito Público, **Esteban Jaramillo**—El Ministro de Guerra, **Ignacio Rengifo B.** El Ministro de Industrias, **José Antonio Montalvo.** El Ministro de Educación Nacional, **J. Vicente Huertas**—El Ministro de Correos y Telégrafos, **José Jesús García**—El Ministro de Obras Públicas, **Sotero Peñuela**".

(**Diario Oficial** nOmero 20985).

El Decreto legislativo número 2 de 1928 se basó principalmente, al disponer el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales, según aparece de su texto, en lo establecido en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, en relación con algunos preceptos de la Carta, y en reglas y costumbres admitidas por el Derecho de Gentes.

Resolución.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, hoy 53 del Acto legislativo número 1º de 1945, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que son exequibles constitucionalmente los Decretos legislativos 1640 de 1944, "por el cual se hace una radicación y se dispone la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales", y 1644 del mismo año, "por el cual se crea un cargo y se adscriben unas funciones".

Comuníquese al Ministerio de Gobierno, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Hernán Salamanca, Germán Alvarado, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro Castillo Pineda. Con salvamento de voto, **Víctor Cock. Agustín Gómez Prada, Jorge E. Gutiérrez Anzola, Ricardo Hinestrosa Daza, Ricardo Jordán Jiménez, Ramón Miranda.**— Con salvamento de voto, José Antonio Montalvo. **Con salvamento de voto, Domingo Sarasti. Eleuterio Serna.** Con salvamento de voto, **Arturo Tapias Pilonieta. Manuel José Vargas—Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

ADICION DEL MAGISTRADO DOCTOR ANIBAL CARDOSO GAITAN A LAS RAZONES ADUCIDAS EN LA PARTE MOTIVA DE LA PONENCIA Y DEL FALLO

Después de aceptado por la Corte el proyecto que tuve el honor de someter a su consideración, escrita ya y firmada la sentencia, y antes de su publicación, he resuelto agregar algunas razones que, sin discrepar en nada de los motivos en que se apoya el fallo, sirven para complementar las que en el proyecto y en las deliberaciones de la Corte expresé como fundamento de mi intervención al dictarse y de mi voto en él, las que en seguida expongo.

Distingue claramente la Constitución dos estados jurídicos: el del juzgamiento y el de la penalidad, y para cada uno da normas especiales. El primero lo regula el artículo 22 del Estatuto; el segundo, el artículo 24. Si fuera igual la regla en ambos casos, no se justificaría el haberse dictado normas distintas; le habría bastado al constituyente decir: consagro la irretroactividad general de la ley penal, lo que abarcaría el juzgamiento y las sanciones; es decir, la voluntad del Estatuto de que no se aplicase en ningún caso una ley **ex post facto.** Nadie puede ser **juzgado,** dice el artículo 22, sino en las condiciones que él establece; nadie puede ser penado, dice el artículo 24, sino de acuerdo con lo que él preceptúa.

El juzgamiento comprende el procedimiento y el tribunal; para lo que toca con ellos, las leyes favorables o permisivas prefieren a las desfavorables o restrictivas. La penalidad exige que nadie sea condenado sino conforme a leyes preexistentes que hayan definido el delito y señalado la pena.

El principio jurídico es el mismo en ambos casos, para el juzgamiento y para la sanción: el de garantizar una situación que protege al acusado, dándole en el un caso el derecho a escoger la ley que le sea más favorable a su juzgamiento; y exigiendo, en el otro, que no se le condene sino por aplicación de normas preestablecidas que hayan definido el delito y señalado la pena. Para el juzgamiento la ley puede no ser preexistente, ser posterior al hecho que da lugar al juicio, y si es más favorable al reo, él puede beneficiarse de su aplicación; para el sancionamiento la regla es superior a la voluntad de escogencia del acusado: no puede ser penado sino con arreglo a la ley anterior.

Pero aunque el principio que inspira las reglas sobre juzgamiento y las de imposición de las penas es el mismo, de protección al acusado, los extremos de su aplicación o imperio no son idénticos.

Razones evidentes deducidas de la interpretación de los textos constitucionales demuestran que la interpretación de que se trata se predica para los delitos y las penas, mas no para el procedimiento y los tribunales.

El artículo 24 de la Carta, que consagra una norma sobre el contenido de la ley en el tiempo, se halla consignado en la ley de leyes, en el más alto estatuto institucional del país, y como ley que es puede ser objeto de una interpretación.

La interpretación de las leyes se hace de dos modos: o **con autoridad,** por el legislador, o **por vía de doctrina,** por los Jueces, en orden a fijar su sentido o alcance. Para deducir si la aplicación de la ley ha de ser general a todos los casos, aunque pueda afectarse con ello el pasado, o tan sólo rige respecto del futuro, hay necesidad de hacer una interpretación jurídica de la norma. Interpretación que hace quien dicta la ley o quien la aplica.

Si existiese solamente el artículo 24 del Estatuto, sin otra norma legal que lo desarrollase, estaría bien el que se diese entrada a su interpretación libre, que permitiera extender tal vez la protección de ese precepto a todos los casos, sin limitación alguna, con lo cual se evitaría el que una ley nueva desmejorase la posición que otras leyes le daban al acusado, en materia de tribunales y de procedimiento. Pero como el artículo 24 de la Carta en relación con el 22 fue interpretado ya por una ley que tiene valor casi igual al de la Constitución, por haber sido dada

por el propio legislador que dio el Estatuto, y a raíz de su expedición, no es posible prescindir de esa interpretación auténtica de la Carta.

Acaso se considere que convenga llevar al derecho positivo colombiano una regla que haga obligatoria la aplicación de la garantía constitucional del juzgamiento por procedimientos y tribunales preestablecidos, en relación con el hecho que se juzga, por estimarse que el cambio de procedimiento o de tribunal llegue a hacer más gravosa la situación del acusado, y entenderse que esas disposiciones de juzgamiento y de competencia son sustantivas, y como tales merecen especial protección o defensa en las instituciones Tal propósito, traducido en normas estatutarias, innovaría el sistema de nuestro derecho constitucional, pues en él la regla es distinta: la de que se excluye del precepto del artículo 24 del Estatuto, o más propiamente, la de que éste no comprende, a las leyes que fijan el procedimiento en los juicios o señalan los tribunales. En efecto. La Ley 153 de 1887, en sus artículos 43 y 45, que así lo disponen, desarrolló con autoridad, el pensamiento del constituyente, indicando las aplicaciones del principio de que en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, tocantes tales aplicaciones con delitos y penas, no con tribunales y procedimiento, y diciéndose allí que las leyes sobre esa última materia se aplican desde que deben entrar a regir. El texto del artículo 43 de esta ley, que conviene tener a la vista, dispone: "Artículo 43. La ley preexistente prefiere a la ley **ex post facto** en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. **Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40".** (O sea desde que entran a regir). Hecha esa interpretación del canon constitucional, por el mismo legislador constituyente, no cabe, en modo alguno, pretenderse que jurisprudencialmente, por interpretación de la Constitución, en vía de doctrina, que hiciera la Corte Suprema, se desplace y desconozca la interpretación con autoridad que hizo el mismo legislador constituyente en su calidad de legislador ordinario. No hubiera el legislador de 1887 hecho la interpretación en referencia, cabría entonces que el juzgador hiciese tal interpretación.

Razones de conveniencia para modificar el sistema del Estatuto, tan valiosas, científicas e importantes como se las suponga, no alcanzan a tener entidad bastante para que el Juez subrogue al legislador, e interprete en forma distinta lo que él declaró con nitidez desde el año de 1887.

A los motivos de orden constitucional que anteceden y que fundamentan la deducción jurídica de que las normas constitucionales en materia de irretroactividad de la ley penal no tocan con las que determinan el procedimiento en los juicios y la competencia de los Tribunales, deducción que emerge del Estatuto para situaciones de normalidad pública, conviene agregar otras consideraciones que también surgen de la Carta y que cobran mayor fuerza o imperio para los estados de turbación del orden público o de guerra interna o externa.

Como en el fallo se expresa, y fue admitido por toda la Corte, por efecto de la turbación del orden y de la declaración del estado de sitio, unos preceptos de la Constitución dejan de regir mientras dura ese estado de anormalidad y otros continúan vigentes; a la legalidad común, de la paz, sucede la legalidad marcial, que como lo anotó don Miguel Antonio Caro, es una verdadera legalidad; y ambas, la de tiempos normales y la de la guerra, se hallan garantizadas por la Carta.

Hay en el fallo que dicta ahora la Corte unos apartes muy pertinentes al punto a que me refiero, y que a continuación inserto:

"Contra la idea del señor Caro, de dar al Presidente poderes discrecionales, prevaleció el pensamiento del señor Samper y otros delegatarios, que pretendieron sujetar la acción presidencial en los casos de emergencia contemplados, dentro de normas que significaran una garantía de los derechos individuales contra posibles abusos de los funcionarios encargados de aplicar las disposiciones de carácter extraordinario. A esta finalidad se debe posiblemente el modo como aparecen redactadas algunas de las disposiciones de la Constitución en el Título sobre garantías de los derechos individuales y sociales que hoy forman el Título III del Estatuto, y en las cuales, como en seguida se verá, se expresa que ellas rigen **en tiempo de paz**... Como ya se expresó, los puntos de vista propuestos en el Consejo Constituyente de 1886 originaron la redacción que se dio a varias de las disposiciones del Título referente a las garantías individuales. Puede verse allí, en

efecto, que en tiempo de guerra el Gobierno impone contribuciones (artículo 29); que puede hacer expropiaciones sin previa indemnización, decretadas por autoridades que no pertenezcan al Organo Judicial (artículo 30); que la libertad de prensa se suspende (artículo 36); que puede prohibirse la circulación de impresos por los correos nacionales (artículo 37); que puede ejercerse simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o militar (artículo 55). Las disposiciones de la Carta que acaban de citarse fueron redactadas, como en ellas se dice, para tiempo de paz o de normalidad, lo que autoriza a entender, así como también lo permiten los antecedentes ya relacionados, que ellas se suspenden en los casos de turbación del orden público.

"Lo único que no es óbice al deber general que tiene la Corte Suprema de Justicia, por razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la Constitución y decidir respecto de la exequibilidad de los decretos legislativos. Sólo que al hacerlo habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República. Hay, como lo expresó el señor Caro, dos órdenes de legalidad constitucional cuya guarda le compete a la Corte: 'La Constitución no cesa de regir en ningún tiempo; ella establece dos órdenes de legalidad: a la de la paz reemplaza constitucionalmente, llegado el caso, la legalidad marcial, una verdadera legalidad'. (Antecedentes, obra citada)".

Y en otra parte de la sentencia dice la Corte:

"Pero no es esto solo, sino que puede aún el Gobierno, por medio de decretos extraordinarios, hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz, pues éste no ha de afectar las garantías individuales previstas en el Estatuto; en tanto que el Presidente, en tiempo de turbación del orden público, puede, por medio de decretos autorizados por todos sus Ministros, limitar el ejercicio de aquellos derechos y garantías. Esto, desde luego, sin contrariar las normas que la Constitución **de modo expreso** (subrayo ahora) ha declarado aplicables siempre, verbigracia, la del artículo 25, conforme al cual no puede el legislador imponer la pena capital **en ningún caso**".

La Constitución, como se ha observado, distingue en relación con el punto de vista de que aquí se trata, el tiempo de guerra del tiempo de paz, y según ese distingo fueron concebidos y redactados sus artículos 22 y 24. Este último, el 24, estatuye claramente para **tiempo de guerra**, y dice que entonces nadie podrá ser penado **ex-post facto**. El artículo 22 no estatuye para tiempo de guerra, sino que simplemente establece, como norma común u ordinaria, para tiempos normales, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes. Esta diferencia notoria y trascendental entre la disposición del artículo 22 y la del 34 del Estatuto, coloca a la norma del artículo 22 en el mismo plano en que según la Corte se hallan los preceptos a que ella se refiere en el pasaje transcrito del fallo, y que no rigen, o pueden suspenderse en su vigencia en tiempo de guerra, por no haber sido dados para que rijan en todo tiempo, en el de paz y en el de guerra.

No se quebranta, pues, la Constitución cuando en virtud de decretos extraordinarios dictados durante la turbación del orden público y el estado de sitio, se dispone sobre el modo de juzgamiento respecto de determinados delitos, incluyéndose en él el señalamiento de los Tribunales que deben hacerlo. Si la norma del artículo 22 del Estatuto —contra lo demostrado en la sentencia y observado en estas anotaciones— impidiese en tiempos normales el juzgamiento por leyes que no fuesen anteriores al hecho que da origen al juicio, esta otra razón, sacada directamente de la Carta y de lo que ella establece para tiempo de paz, en cuanto a la vigencia de sus disposiciones, sería, por sí sola, suficiente para fundamentar y robustecer el concepto de que se ajustan a la Constitución los Decretos 1640 y 1644, objeto del fallo. No violan ellos ninguna garantía constitucional, ni de tiempo de paz ni de tiempo de guerra. Esa garantía no existe para la normalidad constitucional sino respecto de las leyes que definen los delitos y les señalan penas, mas no en cuanto al procedimiento ni a los Tribunales. Y si existiera la garantía —lo que no acepto hallarse demostrado— aun así ella dejaría de regir en tiempo de guerra interna o externa. Todo ello en virtud de las razones que se dejan expuestas.

La sentencia que ahora se profiere contiene razonamientos ordenados a la comprobación de que el Decreto 1640 llena los requisitos preestablecidos en las leyes militares, en el Código de la

materia, para el juzgamiento de las personas comprometidas en el movimiento subversivo de Pasto; que en el Decreto 1640 se atiende al mandato constitucional que establece que los militares sean juzgados por Tribunales Militares y no por los Tribunales comunes; y que se satisfacen esencialmente, si no literalmente, las exigencias del artículo 104 de la Ley 84 de 1931 para el juzgamiento previsto en esa norma.

Me extendería demasiado si intentara exponer aquí las razones muy claras de la sentencia en el particular. Conviene, sin embargo, advertir que si existe o se demuestra alguna disparidad o desarmonía entre el juzgamiento ordenado por el Decreto 1640 y las reglas de las leyes militares anteriores, tal disparidad no sería causal legítima de inconstitucionalidad para el decreto, pues que éste se dictó hallándose el Presidente de la República investido de los poderes extraordinarios que le confiere la Constitución al Jefe del Estado, acompañado de sus Ministros, en tiempo de turbación del orden público interno o internacional; poderes bastantes para dejar de dar aplicación al precepto del artículo 22 de la Carta, si éste implicase una garantía individual o social en tiempos de normalidad, pues esa garantía es de aquellas que pueden suspenderse en tiempo de guerra, ya que el Estatuto no la eleva a la categoría de la que consagra el artículo 24, que no dejan de regir ni aun en tiempo de guerra. El límite de los poderes del Presidente resulta de la Constitución, como es obvio; pero esos poderes, más amplios para la guerra que para la paz, no encontraron limitación en el presente caso, al estatuírse sobre juzgamiento, y para que las disposiciones rigiesen con aplicación inmediata sobre hechos y actos anteriores a la expedición del decreto.

Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR VICTOR COCK

Cuando se discutía por la Corte anterior que resignó sus funciones para mayo del año actual, figuró el suscrito Magistrado entre aquellos que acogieron la tesis de la inhibición de esta entidad para conocer de la demanda sobre inexequibilidad de los Decretos extraordinarios 1640 y 1644, a los cuales este juicio se contrae; y hubo de tenerse en cuenta para ello el origen y naturaleza de tales decretos, dictados durante el estado de turbación del orden público en ejercicio de la función constitucional del artículo 117 de la Carta.

Ocurría esto en el año de 1944, y entonces el infrascrito hubo de complementar su pensamiento, declarándolo así de manera expresa ante la Sala, que en caso de que la corporación llegara a la conclusión de su competencia para avocar el conocimieto de tal demanda, su voto personal estaría en el sentido de reconocer la inexequibilidad de los decretos referidos, por estimar estar ellos afectados de inconstitucionalidad.

Empero, vino posteriormente una disposición constitucional, el artículo 53 del Acto legislativo número 1º de 1945, que, de manera expresa e inequívoca, atribuyó a la Corte el conocimiento, en general, de este linaje de demandas, es decir, aun para el caso de que el precepto acusado hubiera sido dictado por el Gobierno hallándose el país en estado excepcional de perturbación del orden público.

De manero que, en acatamiento a esta nueva disposición constitucional, el interrogante de la competencia de la Corte por el aspecto al cual se viene haciendo referencia, hubo de quedar absuelto en pro de la jurisdicción de ésta para conocer de la demanda de inexequibilidad aquí incoada.

No obstante esto, se presentó en las discusiones de la Corporación en el mes de mayo postrero, es decir, de mayo de 1945, un nuevo problema tocante a la procedencia de la acción instaurada; y, por cuanto, habiendo cesado el estado de turbación del orden público, constitucionalmente habían también cesado de regir los decretos acusados, y por consiguiente, la declaratoria de inexequibilidad no tenía objeto jurídico sobre el cual pudiera recaer.

En tal virtud, a juicio del suscrito Magistrado, la Corte debía declararlo así y abstenerse de pronunciarse sobre la inexequibilidad, entendiendo al propio tiempo que la justa solicitud de los interesados en la reparación de cualquier error o injusticia, en punto de procedimiento o de competencia de los Tribunales Militares que hicieron de Jueces con motivo de la expedición y aplicación del decreto acusado, buscara cauces legales distintos al específico del control jurisdiccional de la Corte sobre constitucionalidad de leyes y decretos, que no podía llevar así remedio alguno para aquellos males.

La necesidad de ser lógico —y cuenta que el proceder lógico del Juez es justamente lo que distingue su criterio jurídico de otros géneros de criterios— inducía al suscrito a pensar que había lugar a conservar la doctrina, de manera constante y reiterada sentada por la Corte, de su inhibitoria para declarar exequibles o inexequibles actos que ya habían cesado de regir en el momento del pronunciamiento del fallo.

Había de tenerse en consideración para ello la sentencia de la Corte en Sala Plena, dictada con motivo de la acusación de inexequibilidad del decreto que creó los Consejos de Guerra Verbales en relación con los acontecimientos de la Zona Bananera en 1928, sentencia producida con presentación del expediente original por uno de los señores Magistrados en el debate de la Corte que motiva el presente salvamento de voto, fallo en el cual la Corte de aquella época se abstuvo de pronunciarse sobre la inexequibilidad demandada, justamente por haber cesado de regir para la fecha del pronunciamiento el decreto demandado, merced al advenimiento ocurrido para entonces del levantamiento del estado de turbación del orden público, y por consiguiente, de la no vigencia en tal momento del decreto acusado.

Mas lo que de especial manera hubo de señalar al suscrito Magistrado el camino de la lógica, fue el aparecer su firma destinada a autorizar recientes sentencias también de Corte Plena,

como ocurre con un fallo que trae la declaración de inhibitoria de ésta para conocer de demanda de inexequibilidad del decreto de carácter extraordinario **sobre prensa**, expedido en 1944, inhibitoria declarada merced a la circunstancia de haber cesado de regir la norma acusada, por derogación de ella contenida en nueva ley, también sobre prensa, expedida por el Congreso; y como ocurre también con la sentencia de 22 de noviembre de 1944, referente a la demanda sobre inexequibilidad del artículo 8º del Decreto legislativo número 1778, de 28 de julio de 1944, fallo en el cual se lee lo siguiente:

"Entró al despacho el expediente el 30 de septiembre para decidir, y cuando, por tanto, apenas comenzaba a correr el término para ello, el Decreto legislativo número 2365, de 4 de octubre, publicado en el **Diario Oficial** número 25662, de 6 de los mismos, dijo en su artículo 31:

'Artículo 31. Derógase el artículo 8º del Decreto número 1778, de julio 28 del presente año'.

"En tal virtud, ha desaparecido lo que formaba la sujeta materia de la acusación, y ante este hecho la Sala ha de proceder, como se ha visto obligada a hacerlo cuandoquiera que tal situación ha sobrevenido.

"Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, declara que no es el caso de decidir sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 8º del Decreto legislativo número 1778, de 28 de julio de 1944".

Como fue parte también a considerar el suscrito en el evento actual la lógica de la doctrina antes sentada, la circunstancia de que la inhibitoria o no inhibitoria de la Corte para casos de esta naturaleza no es punto baladí, sino algo que toca con la entraña misma del recurso extraordinario de inexequibilidad por inconstitucionalidad ante la Corte, recurso que queda convertido, merced a la sentencia de cuyo parecer disiento en la presente exposición, en recurso no de inexequibilidad propiamente dicha, con miras sólo al futuro y con significado de simple derogatoria de la norma reconocida como inconstitucional, cuando a tal inconstitucionalidad se haya llegado en el fallo, sino en recurso **de nulidad**, con efectos naturalmente retroactivos respecto al acto acusado y a las secuelas del mismo.

No es, por lo demás, el momento actual el mejor indicado para puntualizar las graves consecuencias de este cambio de doctrina hecho ahora por parte de la institución.

Y así que conducido por la presente decisión de la Corte a entrar en el fondo de lo debatido, deba expresar en este salvamento de voto mi parecer, independiente y sincero, de que las normas acusadas de inconstitucionalidad son en verdad inconstitucionales, y lo son en grado sumo.

Cabe observar, en primer término, que el Decreto 1640 acusado, expresamente declaró que el "estado de **beligerancia**" equivale jurídicamente al estado de guerra internacional de Colombia. Se ha discutido si esta irrestricta equiparación, o declaratoria de equivalencia de conceptos y de hechos, es aceptable o no a la luz de los principios del Derecho Internacional moderno.

El suscrito Magistrado no hará tema de controversia esta cuestión y habrá de acatar en tal virtud en este salvamento de voto la correspondiente declaración gubernamental.

Observa, sin embargo, que dentro de los dominios del derecho **interno penal-militar** y no existiendo para antes del 10 de julio de 1944, o no estando comprobado en este proceso que existiera, una declaración formal, categórica y pública hecha por el Gobierno de que efectivamente el estado de **beligerancia** de Alemania para con Colombia es jurídicamente el estado de guerra internacional; y siendo de otro lado simplemente e indudablemente equívoco y de significados múltiples, el término de **beligerancia**, beligerancia cuya existencia de parte de Alemania no había dado lugar siquiera a la turbación del orden público dentro de nuestro país, la reciente equiparación pública, categórica y solemne de esa situación con la existencia del estado de guerra internacional aplicada ya para Colombia (Decreto 1640 acusado), probablemente y a juicio del suscrito, no podía **con efectos retroactivos**, cubrir, dentro del país, un campo de naturaleza **genuinamente penal** como el que en el presente asunto se contempla.

Es importante observar ahora que la institución de los **Consejos de Guerra Verbales** o "en campaña", corresponde por razón de las exigencias del juzgamiento dentro del Fuero militar, a necesidades que se presentan uniformes en todas las latitudes del planeta; y es así aquella institución de linaje prácticamente universal.

Empero, tales necesidades y circunstancias son precisamente las que inspiran, con razón, el procedimiento mismo, que es de carácter verbal y extraordinario, y sin las fórmulas corrientes del juzgamiento, así como la constitución **sui generis** de unos tribunales militares también especiales, llamados a sentenciar.

Pero para que ello pueda ocurrir es preciso no sólo que el país del ejército dentro de cuyo personal ocurren los hechos delictuosos, se halle en estado de guerra en el momento de ser cometido el delito, sino que precisa además que tal ejército se halle **en campaña**, es decir, que se halle en ese estado jurídico, también en el momento mismo de la comisión del acto delictuoso.

Y esta observación lleva a la necesidad de determinar lo que ha de significar el concepto "en campaña" en relación con el caso del juzgamiento de los militares por Consejos de Guerra Verbales y por el trámite peculiar al funcionamiento de éstos; y, toda vez que, de los términos mismos del Decreto 1640 acusado, y de su fundamentación, se sigue, sin lugar a duda, que el Gobierno, al dictar tal decreto, se inspiró en el contenido del artículo 104 de la Ley 84 de 1931, de **Justicia Militar**, precepto éste cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 104. Los delitos de traición, sedición, insubordinación, incendio, pillaje, cobardía y otros de mayor o igual gravedad podrán juzgarse en campaña, por Consejos de Guerra Verbales, siempre que a juicio del alto Comando o Jefe Superior sea preciso tal procedimiento para contraer (sic) los excesos de las tropas o para restablecer prontamente el orden público, o corregir la moral del ejército con medios extraordinarios de energía".

Y cumple observar ahora que, según aparece de los términos claros e inequívocos de los considerandos del Decreto 1640 acusado, dicho decreto al aplicar el artículo 104 que se acaba de transcribir, sin duda hubo de confundir el concepto —de estar el país en estado de guerra— con el de estar "en campaña" el cuerpo del ejército en el cual ocurrieron los acontecimientos que se señalan como delictuosos.

Y hé aquí el error fundamental del decreto, error que, como se verá más adelante, conduce rectamente a la inconstitucionalidad de ese acto gubernamental.

El ,'en campaña" del artículo 104 ha de suponer necesariamente la existencia del estado de guerra; pero, para el caso del juzgamiento verbal de que se viene hablando, exige mucho más que la simple existencia de tal guerra.

Para que ese juzgamiento de carácter extraordinario proceda, es necesario que los delitos hayan sido cometidos **en campaña**; y es que sólo la existencia de tal "campaña" en el acto mismo de la ejecución de tales infracciones delictuosas puede explicar y justificar la institución de juzgamiento de caracteres tan extraños y excepcionales, que prácticamente deja sin garantías a los sindicados, cual es el propio de los Consejos de Guerra Verbales, según puede comprobarse con el estudio comparativo de los trámites que han de ser seguidos por dichos Consejos, y la forma misma de composición de ellos, con el de los que corresponden a los demás Tribunales llamados también a juzgar a los militares aun en tiempo de guerra, como son, entre otros, los conocidos con los nombres de **Consejos Ordinarios** y **Consejos Superiores de Guerra** (consúltense especialmente artículos 75 y siguientes, 100 y siguientes, 105 y siguientes de la Ley 84 de 1931, de **Justicia Militar**).

Ahora bien: ocurre que incontrovertiblemente, y según instituciones de carácter mundial, el ejército, en el caso contemplado en Colombia por el artículo 104 de la Ley 84 de 1931, de **Justicia Militra**, para poder hallarse "en campaña" habría sido necesario que se encontrara en una **"expedición de guerra, que está actualmente en marcha contra el enemigo"**, cual es la noción genuina que corresponde en todo país culto a ejército "en campaña"; y es que sólo la gravedad del caso en sí y las circunstancias de tiempo y de lugar de su presentación, las cuales desde luego le dan carácter de excepcional peligrosidad, y de urgencia de actuar sobre el campo mismo, puede explicar y justificar en este caso de los Consejos de Guerra Verbales, el abandono de las formas tutelares en el juzgamiento, fórmulas tutelares que constituyen, según con razón se ha dicho, el espejo mismo de la civilización de un pueblo.

Y el punto es de suyo tan delicado que, como lo indica por lo demás el buen sentido, es de regla en los países de más antigua y tradicional cultura que los **Comandantes** de los ejércitos, de manera oficial y adecuada, hagan saber a éstos, previamente, el momento de la iniciación de la **campaña** y el momento de la terminación de ella. Pudiera decirse que esta notificación es la

que de manera inmediata y directa justifica ante el acusado mismo lo drástico y excepcional del juzgamiento por el procedimiento verbal, en el cual no existe defensa propiamente dicha de los acusados, ni las garantías de rigor para toda forma de enjuiciamiento de índole penal. El juicio es sólo un simple simulacro.

Pudiera pensarse quizás, y así lo hace la sentencia de cuyo contenido en la resolución y en las motivaciones me aparto en absoluto, que el término militar "en campaña" pudiera tomarse en un sentido amplio que no sea estrictamente el técnico de aplicación universal, usado precisamente para el caso de juzgamiento en forma simplemente verbal y con defensores exclusivamente militares, etc., etc., y que pudiera llegarse así a tener por intangible el decreto acusado de inconstitucionalidad.

Mas será en verdad aceptable que para abolir las fórmulas tutelares del juzgamiento especialmente en materia penal y para cambiar de Tribunal Militar competente, reconociendo la jurisdicción de un tribunal extraño y de composición **sui generis** sin la independencia necesaria, falta de independencia originada por la forma misma que se emplea en este caso especial para la escogencia de los juzgadores, como es el caso del **Consejo de Guerra Verbal,** se recurra a forzar en la sentencia de la Corte el contenido del texto legal que se pretende aplicar y a hacerlo decir, por extensión de los conceptos, lo que en realidad está muy lejos de decir, según el significado obvio de las palabras y el de la terminología jurídico-militar allí empleada; y en especial manera, según los fines propios de su institución!

La noción del **ejército en campaña,** así como la noción de la **armada a bordo,** y para los efectos específicos del **juzgamiento verbal,** no sólo no se extienden al mero caso de **guerra material** o simplemente **formal,** sino que esa noción de "en campaña", antes indicada en este salvamento, es tenida como un concepto jurídico de **interpretación restrictiva.**

Lo han reconocido así los países civilizados y a la cabeza de ellos la propia Alemania, nación a la cual cumple hacer aquí una expresa alusión, precisamente por cuanto había sabido aunar las más perfectas concepciones jurídicas con su tradicional militarismo y con su disciplina militar a toda prueba.

Por manera que la institución de los tribunales de guerra verbales y el procedimiento extraordinario anexo a su funcionamiento mismo, y como sustitutivos en su caso de los Tribunales Ordinarios y Superiores de Guerra, no consienten, ni pueden consentir que los factores que explican y justifican la existencia de aquéllos, con su acentuada anormalidad jurídica, se miren con criterio de laxitud y elasticidad para aplicar la misma solución que esos factores suponen a casos que no sean exactamente los contemplados por el legislador en esta rama de la **justicia penal.**

No, en verdad. En Colombia, como país culto que es, el grave concepto del ejército "en campaña" para efectos jurisdiccionales y penales, no es en manera alguna una noción de contenido variable. Ni es una institución de acomodaticia flexibilidad.

Lo que se deja expuesto conduce a considerar el asunto por el aspecto constitucional a la luz del artículo 170 de la Constitución Nacional, según el cual "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio conocerán las Cortes Marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

Y ahí se echa de ver que, al disponer el decreto **ex-post facto,** que los militares no obstante no hallarse el ejército "en campaña", en su acepción penal militar antes descrita, y en el instante de la comisión de los delitos, fueran juzgados por un trigunal incompetente con evidente cercenamiento de las garantías constitucionales de defensa, y aún más, en punto en que esas garantías son de derecho de gentes, infringió el referido artículo 170 de la Constitución Nacional.

Pues es violarlo el disponer, merced a equivocada inteligencia, equivocación explicable en el Gobierno desde luego por el apremio de las circunstancias de aquellos momentos, que el juzgamiento del acto señalado como delictuoso de acuerdo con las normas del fuero militar, instituído tanto para tiempo de paz como para tiempo de guerra, y para cuando aquel acto hubo de ocurrir, sea hecho por un tribunal que no era, ni es el competente, es decir, por un tribunal sin jurisdicción para el caso sometido, y por trámites peculiares y propios de ese incompetente tribunal.

Resumiendo ahora lo que se ha dejado antes expuesto, se tiene que, al no haberse declarado inhibida la Corte para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos acusados; dados los fundamentos mismos de la inconstitucionalidad de aquéllos y al ser declarada tal inconstitucionalidad, no habría ello de implicar, en sentir del suscrito, ni absolución por parte de la Corte en relación con los delitos imputados, ni decreto de amnistía, ni de indulto, sino simplemente la declaración de que los militares habían sido juzgados, en oposición a mandatos constitucionales, por tribunales sin jurisdicción para hacerlo y sin las garantías requeridas, y que de consiguiente, sus causas debían ser sometidas de nuevo al juzgamiento de tribunales militares competentes, con el lleno de las garantías constitucionales y legales requeridas en el seguimiento de los juicios, como es de rigor por respeto a nuestra Constitución Nacional.

Bogotá, junio 12 de 1945.

Víctor Cock — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE ANTONIO MONTALVO

He votado negativamente el anterior fallo de la Corte que declara exequible el Decreto 1640, de trece de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio del cual se dispuso que fuesen juzgados en Consejos de Guerra Verbal, dice textualmente tal decreto, "los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en el territorio nacional, en conexión con los hechos ocurridos desde el nueve de los corrientes, o anteriores, relacionados con ellos".

En cumplimiento de un deber legal y de conciencia consigno por escrito las razones que me permití exponer en los debates orales, tanto los que tuvo la Corte anterior en noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro como la nueva Corte.

Empezaré por advertir que la gravedad de la situación planteada al Gobierno por el conato de levantamiento militar iniciado nada menos que con el secuestro del Presidente de la República, hace bien explicable la expedición de aquel decreto.

El análisis y crítica que de él formulo en este salvamento de voto no se refiere, pues, a lo drásticas de las medidas dictadas en esa providencia legislativa, sino exclusivamente al problema de si es o nó constitucional, único aspecto que como Magistrado de la Corte me incumbe examinar y tratar.

El decreto acusado, de 13 de julio, estatuye acerca de hechos ocurridos aun con anterioridad al diez (10) de julio

No quiero poner en duda que las circunstancias contempladas por el Gobierno al dictar el decreto fueron tan graves y apremiantes que hacían ver como indispensable la adopción de las más severas medidas para impedir cualquier nuevo conato militar; pero tal decreto es inexequible porque abarcó, según dice el mismo, "hechos ocurridos desde el nueve de los corrientes, **o anteriores** (subrayo), relacionados con ellos", siendo así que el decreto se estaba dictando el día trece (13) de julio y que el conato militar ocurrió el día diez (10).

Universalmente conocido es el principio de la irretroactividad de la ley: en materia civil protege ese principio los derechos adquiridos, y en materia penal ampara a la persona de la arbitrariedad de normas dictadas **ex-post facto.**

Ese principio tiene para lo penal una excepción: la ley nueva sí es aplicable respecto de hechos ocurridos con anterioridad a ella en caso de que resulte benigna o favorable al procesado.

Y la razón es clara: repugna ontológica y moralmente que se haga obligatorio cumplir una ley no promulgada, ni siquiera expedida; pero no repugna ni ética ni cronológicamente que a uno lo faporezca la ley que no conoce.

Este principio y su excepción o, más propiamente, estos dos principios: la irretroactividad de la ley penal y la retroactividad de ella en caso de ser más favorable al procesado, conquista del Derecho Penal moderno y aplicación en el campo jurídico de otros principios fundamentales del Derecho Político, se hallan reconocidos y proclamados por la Constitución colombiana, como pasa a verse.

La no retroactividad de la ley penal más severa se garantiza en la Constitución, aun para tiempo de guerra

Puesto que los órganos o ramas del Poder Público emanna de la Constitución, ninpuno de ellos puede considerarse superior a ésta; y si el Legislativo —que es el más aproximado en imperio al constituyente— no puede derogar, ni reformar, ni suspender la Constitución, menos podría reconocérsele semejante facultad al Ejecutivo.

El constituyente de 1886, y así lo admite la sentencia de la Corte, al estatuír que en caso de guerra o de conmoción interior queda investido el Presidente de la República de facultades extraordinarias, no quiso autorizar con ello un sistema de absoluta arbitrariedad. Por el contrario, los debates de la Constitución muestran

cómo sus autores entendieron que siempre debe imperar el régimen legal: uno para el tiempo de paz, y otro, para tiempos de guerra, que ellos mismos denominaron "la legalidad marcial". Esta no consiste en que deje de regir en todo o en parte la Constitución.

En tiempo de guerra o de conmoción interior con declaratoria de estado de sitio la Constitución sigue rigiendo. No queda suspendida en ningún momento. Lo que ocurre es que la misma Constitución, previendo esa emergencia, estableció normas especiales para tal situación.

Así por ejemplo, el artículo 29, interpretado a **contrario sensu**, sugiere la idea de que pueden imponer contribuciones entidades gubernamentales distintas del Congreso, las Asambleas y los Concejos Municipales; el 30 permite expropiación no autorizada judicialmente y sin indemnización previa (se entiende que la indemnización siempre ha de hacerse más tarde); el 36 permite restringir la libertad de prensa, y el 37 la circulación de impresos por los correos. Y se previó hasta el caso de que sin declaratoria de estado de sitio, por simple alarma, "aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública" (inciso 2º del artículo 24).

Como se ve, la Constitución establece **expresamente** las excepciones necesarias —para tiempo de guerra— a los derechos y libertades de la persona, de suerte que la merma de ellos no es arbitraria o impuesta por la famosa "Salus populi", sino prevista y estatuída por la Constitución misma.

Verdad es que la libertad de tránsito, la de reunión y la de palabra sufren también restricciones; pero ello se explica:

a) Porque los correspondientes artículos consagran o reconocen **libertades** pero con el carácter de **limitadas**, y las limitaciones aparecen luego reguladas por la ley y, para cada caso concreto, en las disposiciones del Gobierno que son reglamentaciones de la ley, la cual, a su vez, reglamenta la Constitución.

b) Porque tales limitaciones rigen aun en tiempo de paz, de manera que las correspondientes restricciones no constituyen régimen especial de guerra y mucho menos implican suspensión de la Carta.

Pero aun aceptando — en gracia de discusión — que además de los artículos de la Ley Fundamental que acaban de citarse por sus números pueda haber otros cuya aplicación se limite o afecte "en caso de guerra o de conmoción interior", hay una garantía que siempre queda a salvo: la consignada en los artículos 22 y 24.

El señor Caro, autorizado intérprete de la Carta, como que fue su autor, dijo acerca de este punto en el Consejo de Delegatarios, lo siguiente:

"El sistema del proyecto prevé el caso de guerra. El Gobierno no puede declarar turbado el orden ni dictar, después de eso, medidas graves, sino con la firma de todos los Ministros, para que la declaración sea solemne, y colectiva la responsabilidad. Se le confiere la plenitud del poder, pero no su ejercicio omnímodo, para reprimir la violencia revolucionaria. El artículo 27 del proyecto dice: 'Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado **ex-post facto**, sino con arreglo a orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente'. Esta disposición, que no se registra en otras Constituciones, es la más preciosa garantía, la única verdaderamente eficaz que puede apetecerse en tiempo de guerra, porque no ata las manos al Gobierno: la única completa, porque nadie pretende en tiempo de guerra que la situación sea pacífica; lo que a todos importa es saber, a punto fijo, las reglas a que han de acomodar su conducta para quedar bajo el amparo de la autoridad. El Gobierno podrá erigir en delito toda manifestación que crea perturbadora; pero no podrá ejercer venganzas por hechos anteriores al orden de cosas consiguientes a la guerra". (Véase **Antecedentes de la Constitución** de 1886, páginas 286 y 287).

El principio de que en materia criminal la ley nueva y más rigurosa no tiene efecto retroactivo, se aplica no sólo en lo relativo al delito y a la pena, sino también en cuanto al procedimiento y a la jurisdicción.

El argumento principal de la sentencia podría resumirse así: la irretroactividad de la ley penal más rigurosa la establece la Constitución en lo relativo al delito y a la pena, pero no en cuanto

al procedimiento ni a la jurisdicción; luego el decreto, que no creó delitos ni estableció sanciones sino que apenas determinó los Tribunales que habrían de juzgar y los trámites que deberían seguirse, no violó la norma constitucional sobre preexistencia de la ley penal.

Por mi parte sostengo —y en ocasión anterior lo ha sostenido toda la Corte— que los principios sobre retroactividad de la ley más favorable e irretroactividad de la ley más rigurosa en materia criminal están consagrados en la Constitución no sólo para lo concerniente al delito y a la pena, sino también a la jurisdicción y al procedimiento.

Los artículos 24 y 22 que consagran la irretroactividad de la ley penal son disposiciones complementarias: El primero de ellos establece la irretroactividad en materia de delitos y penas; el otro, el 22, la irretroactividad de la ley penal en cuanto a jurisdicción y procedimiento.

Y al propio tiempo que sostiene ese principio de derecho universal de retroactividad de la ley —amparo en el campo civil de los derechos adquiridos y protección en el campo penal de la libertad—, al mismo tiempo que garantiza ese principio, establece una excepción que es acorde con él: la retroactividad de las leyes, penales o de jurisdicción y procedimiento **en lo favorable al procesado.**

El artículo 22, que consagra el principio de la legalidad del juicio y de la jurisdicción, no dice, como los demás que arriba cité, que esto ha de entenderse para tiempo de paz; de donde se deduce que tal garantía constitucional no es de aquellas que pueden quedar suspendidas en caso de guerra o de conmoción interior.

No era necesario estatuír en la Carta la suspensión de esta garantía, puesto que el Gobierno cuenta con medios coercitivos, inclusive la aprehensión y detención de personas sospechosas, para mantener el orden y la paz; y sí era muy peligroso que se pudiese confundir el sagrado ejercicio de funciones judiciales (y de esto debe entenderse también de la justicia militar) con medidas simplemente defensivas de la paz.

Al discutirse el asunto de que se trata hube de releer, tanto a la Corte anterior (noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro) como a la nueva (mayo de mil novecientos cuarenta y cinco) el fallo dictado por la Corte Plena con fecha trece de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, elaborado por uno de los más eminentes Magistrados de entonces y hoy Ministro de Gobierno, el doctor Absalón Fernández de Soto.

No resisto al deseo de transcribir algunos pasajes de la sentencia emitida por la Corte en mil novecientos cuarenta y uno, pues me parece que son una magistral refutación de la tesis sostenida en la sentencia de ahora.

Dicen así:

"Las reglas de conducta que se imponen a la obediencia del individuo en sociedad, cuya violación produce consecuencias jurídicas, no pueden ser otras que las promulgadas antes de la comisión del hecho que va a juzgarse. Y como la actividad del Estado, en el campo de la defensa de la sociedad contra el delito, no se contrae a la formulación de las normas penales sino que para establecer su violación en cada caso particular y aplicar la sanción se sirve de órganos y formas que él mismo crea, **es obvio que las garantías de seguridad no tendrían eficacia si las leyes que organizan la jurisdicción y el procedimiento pudiesen ser expedidas sin sujeción al régimen de limitaciones constitucionales".** (El subrayado es mío).

Y más adelante:

"Atendiendo a la naturaleza intrínseca de los derechos que garantiza el artículo 22 de la Carta, es de rigor admitir que el constituyente se refirió aquí a la jurisdicción en sí misma, a la competencia para juzgar el hecho imputado, y ésta, en un régimen de legalidad estricta, debe estar ligada al tiempo de la comisión del hecho materia del proceso.

"Las Constituciones americanas contienen reglas que sirven para ilustrar la cuestión. Casi todas prohiben expresamente el juzgamiento por tribunales o jueces distintos de los que previamente haya establecido la ley; en algunas la garantía de irretroactividad se extiende, de modo explícito, a todas las leyes concernientes al proceso, y otras, todavía más previsoras, eliminan las dudas originadas en el empleo del participio 'juzgado', mediante fórmulas que aseguran, sin ambigüedad, el amparo constitucional a las diferentes situaciones del acusado ante el poder que lo juzga". (Aquí transcribe la Corte los artículos correspondientes de las Constituciones de otros países).

Más adelante dice:

"El examen del inciso primero del artículo 22 de la Carta deja establecidas las bases para el estudio de la cuestión que más directamente se

relaciona con la demanda, o sea la de saber si el segundo inciso comprende —y hasta qué punto— las leyes procesales. Se trata de la regla de aplicación de la ley penal más favorable, aunque sea posterior, modificación introducida por el derecho moderno al principio de irretroactividad. Sobre ella no existen antecedentes en las Constituciones anteriores a 1886. Los constituyentes de ese año la adoptaron en los siguientes términos:

'En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la retroactiva (sic) o desfavorable'.

"Dadas las profundas vinculaciones entre el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Penal procesal, no es arbitrario suponer que el constituyente empleó aquí la locución 'en materia criminal' en su amplio sentido, dándole a la regla la flexibilidad necesaria para la solución de los problemas complejos a que da lugar el cambio de leyes que, sin ser penales, de su aplicación adecuada puede depender la imposición de la pena o su atenuación. No es exactamente lo mismo decir **'ley penal permisiva o favorable'** que **'ley permisiva en materia criminal'.** El primer concepto es de suyo limitado. **En el segundo caben, sin impropiedad, tanto las leyes estrictamente penales, que definen los delitos y establecen las penas, como las que reglamentan la jurisdicción y el procedimiento en materia penal o criminal".** (Subrayo).

"Mas si el tenor literal del texto ofreciere alguna incertidumbre, la explicación de su contenido viene a disiparla.

"Dicha regla tiene por objeto atenuar la rigidez del viejo principio de retroactividad de la ley penal. Las razones de justicia en que esto se funda concurren con igual evidencia respecto de normas procesales nuevas cuya aplicación en los procesos iniciados bajo el procedimiento anterior modifican sustancialmente la relación jurídica establecida, en el momento de la comisión del hecho, entre el acusado y el poder que lo juzga.

"La cuestión del deslinde entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal formal, para los efectos de la aplicación de los principios de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad benigna de la misma, no ha sido claramente definida por el derecho científico; y en cuanto a las legislaciones positivas, tampoco contienen fórmulas de universal aceptación.

"Desde luego todos los autores coinciden en que el acusado carece de derechos adquiridos ante el proceso, pues las leyes que lo regulan pertenecen al orden público y son, por tanto, de aplicación inmediata.

"Sin embargo, admiten como criterio directivo en el procedimiento, la restricción de los efectos de la ley nueva, a fin de no hacer más gravosa la situación del individuo **sub judice**...".

La sentencia de Corte Plena a la cual pertenecen los interesantes apartes que acabo de transcribir corre publicada en folleto oficial que lleva por título **"Las garantías constitucionales en el proceso penal"**, y quiero poner de relieve que al citar los pasajes pertinentes de tal sentencia no me valgo de esos argumentos para sostener ninguna otra tesis diferente de ésta: el principio de irretroactividad de la ley penal más rigurosa se aplica no sólo en lo relativo al delito y a la pena sino también en cuanto al procedimiento y a la jurisdicción.

Y ello está de acuerdo con los principios generales. La legalidad del delito y de la pena, premisa indispensable de la sentencia, podría reducirse a principio teórico e ineficaz si el procedimiento empleado para dictarla no fuere también estrictamente legal.

En el procedimiento penal hay disposiciones legales meramente adjetivas, aquellas que tan sólo se refieren a la forma externa de las diligencias procesales o al modo de adelantar la actuación; pero hay otras que innegablemente pertenecen al Derecho Sustantivo (para usar la antigua nomenclatura). El derecho del procesado a exponer con toda amplitud sus descargos y a que se le oiga de la misma manera; el de estar asistido por un defensor competente; casi todo lo referente a pruebas; el derecho de ser juzgado por los Jueces competentes y no por Tribunales extraordinarios o creados **ad hoc**; las leyes que amparan la libertad personal contra posibles abusos cohonestados por un proceso penal; los recursos ordinarios y extraordinarios de apelación, casación y revisión; estos y varios otros derechos están regulados por la ley de procedimiento en disposiciones que innegablemente pertenecen al derecho penal sustantivo, aun cuando por técnica legislativa figuren en el Código de Procedimiento.

Puesto que las leyes de procedimiento tienen como fin principal el de dar al procesado las garantías necesarias para que no sea víctima de la arbitrariedad o del error judicial, es de presumir

que al reformarse el procedimiento la nueva ley lo mejora o perfecciona y que, por consiguiente, puede entrar en vigencia aun respecto de casos anteriores. Pero los tratadistas convienen en que si la nueva ley acorta términos, o suprime recursos, o merma en otro punto esencial las garantías procesales, no es posible considerarla mejor como más favorable al procesado que la anterior y, por consiguiente, no podrá tener aplicación retroactiva.

¿El Decreto Nº 1640 (julio trece) (13) de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) es ley más benigna o favorable a los procesados, y pudo, por esta calidad, tener efecto retroactivo?

Sin la expedición de ese Decreto los Oficiales comprometidos en la conjura militar habrían sido juzgados por Consejos de Guerras Superiores, mediante el trámite procesal correspondiente, esto es, con la plenitud de las formas.

El procedimiento extraordinario de Consejos de Guerra Verbales que se les aplicó no fue un mero cambio en el personal de los Jueces sino que trajo consigo modificaciones que no son de simples formalidades rituales o mera cuestión de trámite, sino que afectan ese vasto sector de derechos y garantías que formalmente son de procedimiento pero que en realidad pertenecen al Derecho Penal Sustantivo.

El juicio por Consejo de Guerra Verbal se hace por un procedimiento sumario y tan acelerado que prácticamente no permite preparar ni producir pruebas y, desde luego, tampoco da campo a una defensa meditada.

Ese juicio es secreto y en sesión permanente, de suerte que cuando llega el momento de dar el fallo, los Jueces son víctimas de fatiga y agotamiento físico que, ciertamente, no es la situación propicia para formar y emitir los dictámenes de la justicia.

El procesado no puede en esa clase de juicios hacerse asistir por un abogado sino por un Oficial del Ejército, a quien no es posible improvisar jurisconsulto y, menos, especialista en Derecho Penal. Este defensor impreparado muy probablemente se halla, además, cohibido por el temor de hacerse, a su vez, sospechoso.

La sentencia del Consejo de Guerra Ordinario y Superior está sometida a recurso de nulidad ante el Tribunal Judicial del respectivo Distrito; y aun cuando esta entidad no tiene facultad de variar lo que pudiéramos llamar el veredicto del Consejo de Guerra, sí estudia y decide acerca de si la ley penal fue bien o mal aplicada y si el juicio adolece de nulidad. Contra la sentencia del Consejo de Guerra Verbal no existe este importante recurso.

En suma: el cambio de jurisdicción y trámites de Consejos de Guerra Superiores por Consejos de Guerra Verbales afecta el derecho de defensa, el de la justa amplitud para producir pruebas, el de acudir ante el Tribunal Judicial en recurso de nulidad y de indebida aplicación de la ley penal.

Teniendo en cuenta esta merma de garantías procedimentales que en el fondo son de derecho sustantivo, no cabría pensar que el Decreto acusado pueda considerarse disposición más benigna o favorable para los procesados. Por consiguiente no podía dársele fuerza retroactiva para hechos ocurridos en tiempo anterior.

Las características del juicio por Consejos de Guerra Verbal —juzgamiento relámpago con mínimum de pruebas y defensa y sin apelación— muestran por qué la ley lo ha reservado para el caso extremo y urgente de estar el Ejército "en campaña" como decía el Código Militar vigente el diez de julio, o "en frente al enemigo", como dice el artículo 23 de la Constitución.

Mi ilustrado y ecuánime colega doctor Tapias plantea, desarrolla y demuestra en suave forma, pero con irrebatible lógica, la tesis de que el Decreto acusado, lejos de ser una aplicación natural y ordinaria del artículo 104 del Código Militar, es incompatible con esta disposición legal, porque un supuesto indispensable de ella es el de que el juzgamiento se haga estando el Ejército "en campaña", entendido este término en su acepción militar, no en sentido figurado; y los juicios por Consejos de Guerra Verbales que ordenó el Decreto acusado no se iban a llevar a cabo ni se efectuaron "en campaña".

Así las cosas, el artículo 104 del Código Militar no era ley aplicable a los comprometidos en el complot militar con anterioridad al trece de julio; y entonces constituye ley nueva puesto que sólo entró en vigencia para aquellos procesados en virtud del Decreto acusado.

Las medidas extraordinarias del estado de sitio cesan de regir cuando éste se levanta. Las inhibitorias de la Corte.

El problema relativo a la órbita de las facultades extraordinarias del Presidente, no obstante

ser tan antiguo y debatido, presenta aspectos que no han logrado definirse todavía.

Cuando el Gobierno dicta decretos de carácter extraordinario por facultades también extraordinarias de que el Congreso lo inviste, sus decretos siguen rigiendo aun después de expirado el término por el cual se confirieron aquellas facultades; y esos decretos pueden hasta reformar y derogar leyes. Con la circunstancia de que los expide el Presidente solo con el Ministro del respectivo ramo.

No sucede lo mismo con los decretos extraordinarios dictados durante la turbación del orden público, motivada por guerra exterior o por conmoción interior.

En este caso los decretos no pueden derogar las leyes sino apenas suspenderlas durante el estado de sitio, y cesan de regir tan pronto "como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento".

Estos decretos motivados por perturbación del orden público deben llevar, con la firma del Presidente, la de todos sus Ministros.

Hay por lo menos aparente anomalía en que la Constitución permita al Congreso otorgar en tiempo de paz al Presidente facultades extraordinarias con el alcance de reformar y hasta derogar las leyes por medio de decretos que conservan luégo fuerza legal perenne mientras el Congreso no los derogue; y que en cambio, para tiempo de guerra, que sin duda justifica más la suma de poderes en el Jefe del Estado, no le confiera la Constitución facultades que tengan aquellas características de imperio sobre las leyes y de perennidad de las disposiciones que dicte.

He dicho que la anomalía es aparente porque creo que en realidad los poderes del Presidente para tiempo de guerra, conferidos directamente por la Constitución, tienen que ser más amplios que las facultades de que el Congreso lo inviste en tiempo de paz.

Lo que ocurre es que estas últimas se confieren o deben conferirse "precisas", esto es, indicando la materia concreta sobre la cual ha de proveer el Gobierno, pero sin indicar el sentido en que habrá de pronunciarse, porque el objeto de investir al Presidente de facultades extraordinarias es cabalmente el de que, pulsando las circunstancias, tome una u otra medida, según convenga a las necesidades del país, y a tales medidas, para que cumplan sus finalidades sociales, económicas, fiscales o administrativas, se les da vigencia por tiempo indefinido.

Cosa diferente ocurre con las facultades de carácter general que la Constitución otorga al Gobierno para tiempo de guerra.

Si el Presidente debe tener más amplias facultades durante el estado de sitio que aquellas de que lo inviste extraordinariamente el Congreso en tiempo de paz, las disposiciones extraordinarias dictadas por el Gobierno con motivo de la guerra o para reprimir el alzamiento han de ser de tal índole que no continúen vigentes después de que la situación anómala haya cesado.

Porque si la ejecución de las medidas tomadas durante el estado de sitio continuara después de levantado éste, tal circunstancia, les daría el carácter de leyes permanentes, carácter aunque no formal sí material o efectivo, contra el expreso querer del constituyente, quien dispuso que los decretos extraordinarios dictados por causa de guerra o de conmoción interna cesen de regir tan pronto como se haya reprimido el alzamiento.

Ahora, al decir que el Decreto sobre Consejos de Guerra Verbales dejó de regir el día en que se levantó el estado de sitio es preciso hacer una distinción: sí dejó de regir formalmente, pero continúa rigiendo materialmente en sus efectos.

La parte motiva del fallo principia reconociendo que ha sido jurisprudencia general y constante de la Corte la de no pronunciar sentencia de fondo sobre demandas de inexequibilidad cuando la ley o el decreto acusados han desaparecido, dice la Corte, "por derogación de la norma o por haber ya operado, consumándose los actos contemplados como finalidades de la ley o decreto, agotándose por así decirlo su contenido".

Hoy resuleve la Corte cambiar esa "regla general y constante en la jurisprudencia de la misma Corte", y era de esperarse que pusiera de manifiesto los argumentos que hayan hecho variar su criterio. Sin embargo, se limita a decir luégo lo siguiente:

"Mas no se ve por qué no haya de conocer y fallar la Corte una demanda sobre un decreto extraordinario de los que se contemplan, presentada cuando la norma se hallaba vigente, el orden público alterado y en estado de sitio la República".

Es decir: varía de un golpe su general y constante jurisprudencia con la razón de que no ve por qué se haya de abstener de fallar.

Me lisonjea este cambio de rumbo de la Corte, porque hace diez años he venido sosteniendo, en solitarios y porfiados salvamentos de voto, la tesis que hoy adopta la Corte. En el primero de ellos (sentencia de Corte Plena dictada con fecha seis de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, **Gaceta Judicial** número 1899, página 296) dije que la Corte no puede inhibirse de fallar sobre la inexequibilidad de una disposición acusada como inconstitucional so pretexto de que ya no rige, "pues aun insubsistente una ley puede seguir produciendo efectos o rigiendo hechos jurídicos que sean efectos de otros, causados o cumplidos durante la vigencia de la ley".

La corte no aduce hoy esta razón para abandonar su constante jurisprudencia o práctica inhibitoria, pero es la razón fundamental, única y suficiente de la nueva tesis. Entonces la Corte reconoce que no ha cesado la ejecución de medidas dictadas durante el estado de sitio, contra terminante disposición contenida en el inciso cuarto del artículo 117 de la Constitución (codificada en 1936) y el Decreto sería inexequible por este aspectó.

Por eso entre las medidas de orden público para el estado de sitio no deben figurar actos judiciales (o jurisdicionales) que de suyo son permanentes y llamados a producir efecto mucho más prolongado que el estado de sitio.

El caso de la Zona Bananera en mil novecientos veintiocho.

Al terminar la parte motiva de su sentencia transcribe la Corte, sin comentario y apenas "como antecedente legislativo", el Decreto de ese carácter expedido el año de mil novecientos veintiocho, y en el cual se dispuso que fueran juzgados por Consejos de Guerra Verbales los sindicados de delitos cometidos por causa o con ocasión del movimiento subversivo ocurrido aquel año en la Zona Bananera del Magdalena.

Permítaseme observar: aparte de que las circunstancias de hecho pueden ser muy diversas, ese antecedente no demuestra que el Decreto dictado en mil novecientos cuarenta y cuatro sea constitucional. Es muy explicable, como al principio dije, que perturbado el orden público se adopten medidas drásticas y que la gravedad y urgencia del momento no permitan al Gobierno estudiar a fondo y serenamente en tal emergencia la constitucionalidad de aquellas medidas. Sería aventurado formular en ese caso en contra del Gobierno el cargo de violación consciente de la Constitución.

Pero carece de fuerza lógica el discutible argumento de autoridad, consistente en que en otro tiempo se dictó un decreto semejante al que ha sido acusado ahora; que se haya dictado un decreto inconstitucional no puede sanear de inconstitucionalidad otro semejante que se dicta más o menos tiempo después, ni que "el antecedente" de haberse expedido aquel Decreto en el año de mil novecientos veintiocho impida a la Corte ver que el Decreto de mil novecientos cuarenta y cuatro es inconstitucional.

El recuerdo de ese "antecedente" puede ser un argumento "ad hominem", que un partido político oponga a su adversario, pero no es una razón jurídica con que la Corte Suprema haya de sustentar un fallo.

Por lo demás, el país tampoco aceptó que la justicia se hubiera manifestado en forma regular en los Consejos de Guerra Verbales efectuados por virtud del Decreto legislativo de mil novecientos veintiocho; y el mismo Gobierno, pasada la conmoción que lo originó, hubo de aceptar y propiciar la expedición de una ley que estableció el recurso extraordinario de revisión contra aquellos procesos, actitud acorde del Congreso y del Gobierno mediante la cual se restauró la normalidad consitutcional perturbada por el Decreto.

(Fdo.) **José Antonio Montalvo.**

Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Nota — Después de entregado personalmente por el suscrito, al Magistrado que elaboró la sentencia, el anterior Salvamento de voto, el ponente redactó y publicó una **"adición**... a las razones aducidas en la parte motiva de la ponencia y del fallo".

Pensó, sin duda, que los fundamentos de éste no eran bastante sólidos, o que los salvamentos de voto los desvirtuaban; pero esa nueva motivación de la sentencia, posterior a la firma de ella y a los salvamentos de voto, es insólita e inadmisible en las providencias judiciales.

José Antonio Montalvo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR DOMINGO SARASTY M.

Por no estar de acuerdo con las conclusiones del proyecto de mayoría, salvo mi voto, por las siguientes consideraciones:

El proyecto dice:

"C.—Los requisitos constitucionales se llenaron al dictarse el Decreto 1640".

Después de transcribir las declaraciones hechas por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Senado de la República, en los días 26 y 27 de noviembre de 1943, que dicen:

"El Gobierno alemán ha ejecutado contra la Nación Colombiana una serie de agresiones que tienen el carácter de actos de guerra no provocados, colocándose así en una situación de beligerancia respecto de la República de Colombia", y la ratificación hecha por el Senado de la República, cuando "expresa su conformidad con tales declaraciones, que implican, a su juicio, la afirmación del derecho de Colombia para asumir la posición que coresponde a la tomada por el Reich", la mayoría llega a la conclusión de que el estado de beligerancia es equivalente o se confunde con el estado de guerra.

La afirmación anterior tiene un significado demasiado extenso, que de aceptarse en su integridad, se presta a interpretaciones que no concuerdan con la realidad de los hechos. Se da la calidad de beligerantes a las fuerzas regulares que tienen o presuponen un mando previamente conocido y capaz de asumir la responsabilidad en un momento dado, que llevan armas para combatir y cuyas operaciones deben realizarse conforme a los usos y normas que regulan los estados de guerra.

En un significado amplio, beligerante es el que sin combatir coadyuva en forma directa o indirecta al éxito del combate, y beligerante en un sentido restringido, es el que combate o se enfrenta al enemigo en una acción de guerra descubierta. Así, pues, el estado de beligerancia supone actos preparatorios de guerra, pero no la guerra misma. Para llegar a esta última conclusión es indispensable que el Gobierno se ajuste a los cánones constitucionales que establecen la forma y condiciones para hacer tal declaratoria.

La guerra, dice Carlos V. Risopatron, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, es "La lucha que se traba entre dos o más naciones, i en la cual cada uno pretende hacer prevalecer sus pretensiones, ejerciendo actos de violencia contra la otra". Y según el Diccionario de la Real Academia, "guerra es la desavenencia y rompimiento de paz entre dos o más potencias". Siguiendo estas definiciones, para que exista, no hipotética, sino concretamente, el estado de guerra, se hace necesario la concurrencia de estos requisitos: lucha entre dos Estados o naciones, previo el rompimiento de paz, en cuya acción cada uno de los Estados en guerra pretende hacer prevalecer sus derechos, mediante actos de violencia positivos, actuales y concretos.

Bien sabido es que Colombia hizo una declaración de beligerancia unilateral, como consta en los documentos oficiales, y que en tal virtud le asistía el derecho para "tomar las medidas necesarias para defender al pueblo colombiano de la agresión externa y para preservar su soberanía, su honor y sus derechos". Pero estas afirmaciones no pueden interpretarse como un acto declaratorio de guerra, porque ellas pugnan con la definición que de guerra dan los tratadistas. El estado de beligerancia no establece situaciones de hecho permanentes; puede acaso implicar actos aislados que no se confunden jurídicamente con los hechos actuales e inminentes que presupone el estado de guerra. La beligerancia no está caracterizada por la lucha permanente de dos naciones o Estados; en cambio la guerra sí determina o establece como condición esencial esa lucha de dos naciones, en la que por medios violentos o por acciones de armas se pretende imponer un derecho con detrimento o menoscabo de otro. Por este aspecto no se puede hacer la afirmación categórica de que el estado de beligerancia reconocido por Colombia es equivalente al de guerra, porque nuestro país no tuvo acción ni combate alguno con nación extranjera.

"El artículo 91 de la Constitución Nacional consagró entre las atribuciones del Senado, 'La de autorizar al Gobierno para declarar la guerra a otra nación'. Pero el Gobierno, como consta en la exposición hecha por el Ministro de Relaciones ante el Senado de la República, no pidió esa autorización, porque creyó que las medidas tomadas con motivo de la declaratoria de beligerancia no interrumpían ni la normalidad constitucional de la República ni la marcha ordenada y regular de sus instituciones jurídicas". Es decir, a juicio del Gobierno, no era necesaria la declaratoria de guerra, sino la consagración del estado de beligerancia.

"Si la beligerancia no es sinónima de declaratoria de guerra, y si estos dos estados se diferencian no solamente en el campo jurídico sino también en el de los hechos, es lógico que la beligerancia no es el estado de guerra y no se pueden sacar las mismas conclusiones. La beligerancia no es equivalente ni se identifica con la guerra misma: la primera significa la intención o voluntad para llevar a su realización un acto de agresión internacional, y la segunda es la situación de hecho, la acción en campos de batalla entre las fuerzas regulares de las dos naciones. Colombia no estuvo en guerra internacional, porque los hechos sucedidos con posterioridad a la declaración de beligerancia no implicaron jamás lucha entre los dos Estados, ni actos de violencia concretos por el predominio de un derecho sobre el otro. En estas condiciones, el Decreto número 1640 "por el cual se hace una radicación y se dispone la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales", no fue dictado cuando el país estaba en guerra, porque la beligerancia no es jurídicamente el estado de guerra internacional. Una cosa es la afirmación de esas dos circunstancias, y otra, la confrontación de las mismas, para deducir conclusiones que lleven a sostener que nuestro país estaba en guerra internacional.

El proyecto de mayoría dice:

"El Decreto 1640, como en él se expresa, ordena el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales, y por el procedimiento que éstos deben aplicar de conformidad con el Código Militar vigente. La novedad del Decreto consiste, pues, en disponer que el juzgamiento por Consejos de Guerra Verbales, y no por Consejos de Guerra Superiores, no estando autorizados los primeros sino 'en campaña', situación ésta que, al decir del demandante, no se presenta en el hecho o hechos sobre los cuales actúan los Consejos establecidos por el Decreto".

Mas adelante la mayoría explica el alcance que el legislador quiso dar a la expresión "en campaña", empleada en la redacción del artículo 104 de la Ley 84 de 1931, sobre justicia militar, y afirma que la expedición de los Decretos se hizo cuando en el país estaba turbado el orden público interno y en situación de "guerra internacional", y se cumplía al dictarse el Decreto, "la circunstancia prevista por el artículo citado, la de hallarse la Nación, por aplicación **extensiva** de la frase legal, en situación de campaña, de la autoridad ejecutiva contra el movimiento subversivo del Ejército". Lo primero es evidente: la vigencia de los dos últimos decretos se operó cuando previamente se había hecho la declaración de turbación del orden público; lo segundo, la situación de guerra internacional es hipotética, el país no estuvo en guerra con nación o Estado extranjero; lo tercero, que la Nación estaba **en campaña**, es un hecho que no se ha establecido.

Finalmente, se dice:

"Cuando se produjo el golpe de Pasto, el 10 de julio, existía ya el estado de guerra internacional, como se ha visto, y además, había operaciones de guerra inherentes a esa situación. De manera que los delitos por los cuales se juzgó a los rebeldes fueron ejecutados durante la época en que tales operaciones se desarrollaban.....

"En estas circunstancias, sería imposible desconocer que los delitos que debían juzgar los Consejos de Guerra Verbales fueron cometidos **en campaña** porque eso sería apartarse de la realidad de los hechos y darle a aquella expresión un significado ceñido enteramente a la literalidad, lo que no se compadece con la función que le corresponde al intérprete de la ley. ya que éste debe atender ante todo a la finalidad social de la norma".

Para fijar la noción del término **en campaña**, empleado por el artículo 104 de la Ley 84 de 1931, es pertinente su transcripción:

"Los delitos de traición, sedición, insubordinación incendio, pillaje, cobardía y otros de mayor o igual gravedad, podrán juzgarse, en campaña, por Consejos de Guerra Verbales, siempre que a juicio del alto Comando o Jefe superior sea preciso tal procedimiento para contener los excesos de las tropas o para restablecer prontamen-

te el orden público, o corregir la moral del Ejército con medios extraordinarios de energía".

Según el artículo transcrito, los delitos allí enumerados podrán juzgarse **en campaña,** si fuere preciso, a juicio del alto Comando o Jefe superior, en los casos siguientes:

a) Para contener los excesos de las tropas;

b) Para restablecer prontamente el orden público, y

c) Para corregir la moral del Ejército.

La frase **en campaña,** empleada por el legislador de 1931 en el artículo 104 del Código de Justicia Militar, debe interpretarse en su sentido natural y obvio. **Campaña,** en el lenguaje jurídico, es "todo el tiempo que cada año están los ejércitos fuera de los cuarteles contra sus enemigos" (Escriche, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia), definición que concuerda con la que trae el Diccionario de la Real Academia, que dice: "Campaña 9—Mil. — Tiempo que cada año están los ejércitos fuera de los cuarteles contra sus enemigos", y posteriormente se lee: "estar o hallarse en campaña, fr. Mil. — Hallarse en operaciones de guerra". (Pág. 222, primera columna). De conformidad con las definiciones transcritas, los sucesos ejecutados por las unidades del Ejército Nacional el 10 de julio en la ciudad de Pasto no fueron cometidos **en campaña,** ni juzgados dentro de esa situación, requisitos indispensables para que los Consejos de Guerra Verbales puedan asumir el conocimiento de los procesos.

Con esta interpretación no nos apartamos de la realidad de los hechos, ni tampoco damos a la expresión **en campaña** "un significado ceñido enteramente a la literalidad que no se compadezca con la función que le corresponde al intérprete de la ley, ya que éste debe atender ante todo a la finalidad social de la norma", porque las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia, pues, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículos 1º y 3º de la Ley 157 de 1887), y porque la ley penal no se puede interpretar con criterio **analógico** o **ertensivo,** sino restrictivamente.

¿Los Consejos de Guerra Verbales se convocaron para contener los excesos de las tropas, o para restablecer el orden público, o para corregir la moral del Ejército, factores que debieron reunirse conjunta o separadamente en operaciones de guerra? Indudablemente que nó: cuando se expidieron los decretos, nuestro Ejército no estaba **en campaña,** no había exceso de tropas que contener, y el orden público y la moral militar se hallaban restablecidos, según se desprende de las mismas declaraciones oficiales; luego los Consejos de Guerra Verbales se convocaron sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 104 del Código de Justicia Militar.

Las "maniobras" que se realizaban en la ciudad de Pasto el 10 de julio de 1944 por los Ejércitos de Colombia no constituían operaciones de guerra, según el artículo 166 del Decreto número 2535 de 1942; aquéllas (las maniobras) se llevaron a cabo "para la instrucción de los Cuerpos de tropa y para el adiestramiento del Comando de los Estados Mayores y de los servicios para conducir las unidades superiores en campaña y suplir sus necesidades".

Sostiene el demandante que el Decreto 1640 viola el artículo 22 de la Constitución Nacional, porque al disponer el procesamiento por medio de Consejos de Guerra Verbales se ordena un juzgamiento contra la ley preexistente y por Tribunales incompetentes, porque de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 84 de 1931, de los delitos o culpas militares cometidos por Oficiales de cualquier grado, conocen los Consejos de Guerra Superiores, pero no los Consejos de Guerra Verbales; norma general que tiene la excepción consagrada por el artículo 104 del Código de Justicia Militar, en el caso de juzgar a los militares **en campaña.**

Dice la Constitución Nacional en su art. 22:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

El inciso primero del precepto constitucional hace referencia directa al juzgamiento de delitos por infracciones de la ley penal y a las normas procesales que deben seguirse hasta finalizar el juicio por medio de sentencia absolutoria o condenatoria. La expresión "nadie podrá ser juzgado", si bien es de un contenido amplio, no hace referencia a los juicios donde se ventilan cuestiones puramente privadas, en éstos, no se puede decir con propiedad que se juzga a una persona, porque en materia civil se prescinde de las partes que intervienen y sólo se tiene en cuenta los actos o hechos jurídicos que se llevan a conocimiento del fallador. En materia penal, se tiene en cuenta el hecho que constituye la infracción

de la ley penal y el agente que lo ejecuta para saber las condiciones que caracterizan esa misma personalidad.

Indudablemente que el juicio presupone tres condiciones:

1ª Que sea conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute; es decir, que nadie puede ser juzgado y penado por un hecho que previamente no se halle erigido en delito y tenga la correspondiente sanción en la ley que lo prohibe; o en otros términos, se consagra el principio universal de derecho penal conocido con el aforismo latino **nullum crimen sine lege y nulla paema sine lege**.

2ª "Ante Tribunal competente", esto es, aquella entidad a quien la ley le haya atribuído el conocimiento del negocio, por razón de la naturaleza del hecho, del lugar y de la persona que se juzga, exigencias que implican de parte del "Tribunal competente" la plenitud de jurisdicción y competencia.

La jurisdicción es la facultad que ha conferido el Estado a los Tribunales para conocer de los negocios, sean éstos civiles o criminales, y la competencia es la facultad que tiene el Juez o Tribunales, bien sea civil o penal, para conocer de cada negocio en concreto; "las normas sobre jurisdicción son de orden público y de imperioso cumplimiento para el éxito del debate judicial". De ahí que el constituyente dijo: "Ante Tribunal competente". La entidad que no reúna estos requisitos, y que a pesar de esto adelante y finalice determinado negocio no es ni puede ser el "Tribunal competente" de que habla la Constitución, y los procesos adelantados contra esta prohibición violan las normas establecidas por la Carta y afectan de nulidad el proceso.

3ª "Y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

En la observación de las formas propias de cada **juicio** se comprende no solamente la aplicación de la ley sustantiva sino también la procedimental, o sean las normas vigentes para la **represión** del hecho y las formalidades adjetivas propias a la ritualidad del juicio. La expresión **juicio,** empleada por el constituyente, comprende el conjunto de normas internas y externas de los trámites procesales, que en lo civil sirven para hacer efectivo un derecho mediante acción privada, y en lo penal, para imponer una sanción como resultado de la investigación mediante acción pública.

El inciso 2º de la Constitución Nacional en su artículo 22 dice:

"En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

El principio general es el de que la ley no tiene efecto retroactivo ni ultraactivo, pero el constituyente consagra en forma terminante y explícita una excepción a este postulado en lo que se refiere a las leyes que rigen en materia penal. La expresión "ley permisiva o favorable" en materia penal, por su forma genérica, abarca o comprende la irretroactividad de la ley penal, tanto para las normas sustantivas como para las adjetivas, o sea el derecho material o el derecho formal; en otros términos, la ley que impone la sanción como aquella que regula el procedimiento. En todos los casos concretos en que la ley penal sea más favorable el constituyente establece la aplicación preferente de ésta, con exclusión de la ley desfavorable para los intereses del procesado.

La honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de mayo de 1941, en un estudio de gran trascendencia interpretó, con criterio digno de encomio, el espíritu y alcance de este canon constitucional, cuando dijo:

"Las reglas de conducta que se imponen a la obediencia del individuo en sociedad, cuya violación produce consecuencias jurídicas, no pueden ser otras que las promolgadas antes de la comisión del hecho que va a juzgarse. Y como la actividad del Estado, en el campo de la defensa de la sociedad contra el delito, no se contrae a la formulación de las normas penales, sino que para establecer su violación en cada caso particular y aplicar la sanción se sirve de órganos y formas que el mismo crea, es obvio que las garantías de seguridad no tendrían eficacia si las leyes que organizan la jurisdicción y el procedimiento pudiesen ser expedidas sin sujeción al régimen de limitaciones constitucionales.

"Las garantías esenciales del individuo ante el proceso penal están resumidas en la breve fórmula transcrita. Reconoce, en primer lugar, el derecho, igual para todos, de ser juzgados por las leyes vigentes al tiempo de la comisión del hecho imputado, es decir, que la potestad penal está regida por el principio de la irretroactividad de la ley, el cual se impone al Estado, lo mismo en el momento de formular el derecho que al aplicarlo en cada caso concreto. El legis-

lador no puede, por tanto, dictar leyes cuya acción represiva se dirija a sancionar hechos cometidos bajo el imperio de la ley antigua. Esta es doctrina universalmente acogida respecto a las leyes que forman el derecho penal sustantivo.

"Pero esto no quiere decir que en el ordenamiento de los medios de aplicación de la ley penal, esto es, en el campo del procedimiento, no existan limitaciones constitucionales. El individuo —dice el texto comentado— no puede ser juzgado sino 'ante Tribunal competente'. Atendiendo a la naturaleza intrínseca de los derechos que garantiza el artículo 22 de la Carta, es de rigor admitir que el constituyente se refirió aquí a la jurisdicción en sí misma, a la competencia para juzgar el hecho imputado, y ésta, en un régimen de legalidad estricta, debe estar ligada al tiempo de la comisión del hecho materia del proceso. En otros términos: puesto que la norma en cada una de sus partes establece las diferentes condiciones del juicio, innocua vendría a ser la que declara que el individuo debe ser juzgado 'ante Tribunal competente', si no se tradujera en límite impuesto a las leyes nuevas que regulan la jurisdicción.

"Las constituciones americanas contienen reglas que sirven para ilustrar la cuestión. Casi todas prohiben expresamente el juzgamiento por Tribunales o Jueces distintos de los que previamente haya establecido la ley; en algunas la garantías de irretroactividad se extiende, de modo explícito, a todas las leyes concernientes al proceso, y otras, todavía más previsoras, eliminan las dudas originadas en el empleo del participio 'juzgado', mediante fórmulas que aseguran, sin ambigüedad, el amparo constitucional a las diferentes situaciones del acusado ante el poder que lo juzga".

Y más adelante, en el mismo fallo, se dice:

"El individuo debe ser juzgado, dice en su parte final el inciso primero del artículo 22, 'con la plenitud de las formas propias de cada juicio'. Esta norma, como el antiguo principio de que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído legalmente en juicio, parte del supuesto de que hay formas esenciales al juicio, propias de él, sin las cuales no puede existir o deja de ser legítimo. Por donde se ve que la actividad jurídica del Estado encuentra aquí un nuevo límite. El legislador, al reglamentar las formas del juicio penal, no podría, por ejemplo, conferirle al Juez la facultad de decisión, sin la presencia en juicio del acusado, o, admitiéndola, desvirtuar su derecho de defensa, pues en ambos casos violaría la expresada garantía constitucional.

"De modo que el constituyente al proclamar que el juzgamiento debe ser 'conforme a leyes preexistentes al hecho imputado', y al determinar las demás condiciones esenciales del proceso, circunscribió la órbita de acción del legislador en esta materia, puesto que, en el orden lógico de la actividad jurídica del Estado es al Organo Legislativo a quien corresponde primero aplicar los principios del derecho público y ceñirse a ellos, lo mismo al dictar la ley penal sustantiva, que cuando formula las reglas de la jurisdicción y el procedimiento.

"El examen del inciso primero del artículo 22 de la Carta deja establecidas las bases para el estudio de la cuestión que más directamente se relaciona con la demanda, o sea la de saber si el segundo inciso comprende —y hasta qué punto— las leyes procesales. Se trata de la regla de aplicación de la ley penal más favorable aunque sea posterior, modificación introducida por el derecho moderno al principio de irretroactividad. Sobre ella no existen antecedentes en las Constituciones anteriores a 1886. Los constituyentes de ese año la adoptaron en los siguientes términos:

'En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'.

"Dadas las profundas vinculaciones entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal procesal, no es arbitrario suponer que el constituyente empleó la locución 'en materia criminal' en su amplio sentido dándole a la regla la flexibilidad necesaria para la solución de los problemas complejos a que da lugar el cambio de leyes que, sin ser penales, de su aplicación adecuada puede depender la imposición de la pena o su atenuación. No es exactamente lo mismo decir 'ley penal permisiva o favorable' que 'ley permisiva o favorable en materia criminal'. El primer concepto es de suyo limitado. En el segundo, caben, sin impropiedad, tanto las leyes estrictamente penales, que definen los delitos y establecen las penas, como las que reglamentan la jurisdicción y el procedimiento en materia penal o criminal...

"Dicha regla tiene por objeto atenuar la rigidez del viejo principio de irretroactividad de la ley penal. Las razones de justicia en que esto

se funda concurren con igual evidencia respecto de normas procesales nuevas, cuya aplicación en los procesos iniciados bajo el procedimiento anterior modifican sustancialmente la relación jurídica establecida, en el momento de la comisión del hecho, entre el acusado y el poder que lo juzga".

En esta sentencia la Corte dejó claramente definido su pensamiento acerca del principio de irretroactividad de la ley penal, declarando que aquél es de aplicación preferente dentro de las leyes procedimentales, "porque las leyes no pueden alterar las condiciones del juzgamiento existente al tiempo de la comisión del hecho en perjuicio del acusado" (fallo citado). Si los decretos de carácter extraordinario que están al estudio de la Corte, menoscaban esos derechos, o sea, las prerrogativas de la defensa individual, lógicamente se deduce que son violatorios de la norma constitucional que se deja analizada.

Artículo 170 de la Constitución Nacional:

"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

En esta disposición se establece un fuero especial para los delitos cometidos por militares y con ocasión del mismo servicio, juzgamiento que debe hacerse por medio de Tribunales Militares con observancia de todas las prescripciones del Código Penal Militar. Interpretando el espíritu de este canon constitucional, veremos cuáles son los Tribunales competentes para conocer de los delitos que motivaron la expedición de los decretos acusados, y cuál es la norma procedimental que debió tenerse en cuenta en el desarrollo de los procesos.

El Código de Justicia Militar comprende (artículo 2º, Ley 84 de 1931):

"1º La organización de la justicia militar;

"2º El procedimiento en los juicios militares, y

"3º Los delitos militares".

Del contexto de la disposición transcrita se desprende que dentro de la organización de la justicia militar están comprendidos los factores de jurisdicción y competencia. El primero se refiere a la facultad de administrar justicia, y el segundo, a la competencia para juzgar determinado delito con sujeción a las normas señaladas por la ley vigente para este fin.

Entre las entidades que ejercen la jurisdicción militar, según lo establece el artículo 25, numeral 3º, de la Ley 84 de 1931, están los "Consejos de Guerra Superiores". El artículo 27 de la ley dice:

"Corresponde a los Consejos de Guerra Superiores, conocer de las causas por delitos o culpas militares que cometan los Oficiales de cualquier grado, empleados militares, los empleados administrativos y los particulares sujetos a la jurisdicción militar".

Esta norma general sobre competencia tiene su excepción establecida en el artículo 104 de la mima ley, cuando dispone que el juzgamiento de determinados delitos cometidos **en campaña** pueden ser juzgados por Consejos de Guerra Verbales, siempre y cuando se llenen los requisitos señalados en la misma disposición. De lo anterior se deduce que los Consejos de Guerra Superiores son entidades que ejercen la justicia militar, siendo además, los Tribunales competentes para conocer de todos los delitos o culpas militares que cometan los Oficiales de cualquier graduación.

El procedimiento que debe seguirse en el juzgamiento de los delitos por medio de Consejos de Guerra Superiores es el determinado en los Capítulos V y VI, Sección 1ª, de la citada ley. En estos juicios se garantizan con mayor eficacia las prerrogativas de la defensa, pues la misma ley en su artículo 86 obliga al Presidente del Consejo para que advierta al procesado o procesados la libertad que les asiste para ejercitar todos los medios conducentes a su defensa. Y el artículo 46 faculta al procesado, cuando no quiere defenderse por sí mismo, para nombrar dos defensores y un vocero, que deben intervenir en la audiencia para los delitos que merezcan pena de presidio o **reclusión.** Se advierte, que esta última pena dejó de existir en Colombia después de la vigencia de la Ley 95 de 1936 (Nuevo Código Penal), que la suprimió en su artículo 41, y que no obstante se aplicó a los Oficiales sentenciados por los sucesos del 10 de julio.

El nombramiento de uno de los defensores, podrá hacerse en un abogado o defensor no militar (artículo 47). El término para la instrucción del sumario es de diez días más las distancias; término que se reduce a setenta y dos horas cuando el delito se comete y se juzga **en campaña** (artículo 54). Las sesiones del Consejo son

públicas, y terminada la audiencia, se pronuncia el fallo. Las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra Superiores, pueden ser revisados por apelación o consulta, no por las autoridades de la justicia militar sino por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en virtud de la facultad otorgada por la Ley 94 de 1938, cuando al fijar la competencia de los Tribunales por la naturaleza del hecho, dice que éstos conocen (artículo 44, numeral 5º), "de las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas por los Consejos Ordinarios y Superiores de Guerra, y de los incidentes de nulidad que se susciten en las causas militares de que conocen dichos Consejos". Indudablemente que esta es la mejor garantía de que puede disfrutar un procesado en esta clase de juicios, pues las sentencias pronunciadas en los juicios militares adolecen generalmente de errores que oportunamente deben ser corregidos por los Tribunales Superiores, para garantizar los derechos de la sociedad y los intereses del procesado.

En el juicio seguido por Consejos de Guerra Verbales, para los delitos cometidos **en campaña** y que deben juzgarse en ésta, previo cumplimiento de los requisitos que se dejan analizados, se limita el número de miembros que integran los Consejos. No se puede nombrar como defensor a un abogado, porque el nombramiento debe recaer en un Oficial (artículo 106). Las sesiones no son públicas sino privadas y permanentes. Las sentencias sólo pueden ser revisadas "por el Comandante Superior de las tropas si lo hubiere, o por el Comandante de la unidad superior respectiva" (artículo 110), pero en ningún caso esas sentencias pueden revisarlas los Tribunales Superiores del Distrito Judicial.

Lo anterior demuestra la diferencia existente en el procedimiento y medios de defensa que rigen para los juicios celebrados ante un Consejo de Guerra Superior y ante un Consejo de Guerra Verbal. Las normas del primero regían al tiempo en que se cometieron los hechos por los cuales se condenó a los Oficiales comprometidos en los sucesos del 10 de julio; las normas del segundo, tuvieron vigencia en virtud de los decretos acusados. Las garantías individuales en orden a la defensa, son amplias y suficientes en el primero; en el segundo, se restringen con menoscabo de las garantías constitucionales. El primero, implica el concepto de ley más favorable (artículo 22 de la Constitución Nacional), y los decretos acusados, son violatorios de este precepto.

Establecido que, "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior", se aplica de preferencia a la ley restrictiva o desfavorable, y demostrado que ese principio abarca no solamente las leyes sustantivas, sino también las leyes procedimentales, o sea, aquellas que se refieren a la forma y tramitación del juicio, comprendiendo en éstas la jurisdicción y competencia, es indudable que toda ley o decreto de carácter extraordinario que reemplaza, tanto la jurisdicción y competencia para juzgar un delito por otra ley, que no era la preexistente para su juzgamiento, viola los preceptos constitucionales de los artículos 170 y 22 de la Carta.

El Gobierno, al declarar turbado el orden público, goza de la facultad concedida por el artículo 117 de la Constitución Nacional, y puede suspender la vigencia de las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, pero no puede derogar ni expresa ni tácitamente las leyes por medio de un decreto dictado en ejercicio de esa facultad.

Domingo Sarasty M.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO TAPIAS PILONIETA

La más profunda y arraigada convicción de las ideas que expuse en los debates orales de la Sala Plena que precedieron al pronunciamiento de la anterior sentencia, y que me parece no fueron desvirtuadas, llévame a tener que salvar el voto, pues estoy distante de compartir tanto el razonamiento pertinente como la conclusión adoptados por la mayoría de la Corte, con miras a sustentar la exequibilidad de los actos acusados.

Mi punto de vista es el siguiente: el decreto acusado, número 1640 de 13 de julio de 1944, de convocatoria de Consejos de Guerra Verbales para juzgar a los responsables del golpe militar de Pasto, es constitucional a condición de que sea compatible con el artículo 104 de la Ley 84 de 1931 (Código de Justicia Militar), en el sentido de que constituya una aplicación natural y ordinaria de ese precepto. Si no hay tal compatibilidad, si el decreto representa el cambio de un tribunal por otro, del competente por el que de por sí era incompetente, la medida del Gobierno es inconstitucional, debido a que éste carecía de la potestad creadora de jurisdicción, distinta de la señalada en la ley.

La mencionada ley sobre justicia militar, reglamento promulgado por el Congreso, vigente cuando el Gobierno declaró turbado el orden público en todo el territorio de la Nación a consecuencia de los graves sucesos del 10 de julio del año pasado, y cuando el día 13 de julio siguiente promulgó el acto acusado, señalaba en el artículo 25 las entidades a las que correspondía el juzgamiento de los delitos militares. Según esa organización legal, los Consejos de Guerra Verbales actuaban solamente en circunstancias excepcionales, estando las tropas "en campaña" respecto de los delitos de "traición, sedición, insubordinación, incendio, pillaje, cobardía y otros de mayor o igual gravedad" y siempre que a juicio del alto Comando fuera preciso tal procedimiento para contener los excesos de las tropas o para restablecer prontamente el orden público, o corregir la moral del ejército con medios extraordinarios de energía. (Artículo 104).

Los delitos enunciados ocupan, dentro de los cometidos en el ejército, la escala de mayor gravedad, y sin embargo, realizados en circunstancias que no fueran las de una campaña militar, debían ser juzgados por Consejos de Guerra Superiores u Ordinarios (artículo 27), y en manera alguna por Consejos de Guerra Verbales, los cuales, se repite, estaban destinados a funcionar exclusivamente en tiempo de campaña militar. Y aún más: como el artículo 104 era potestativo en el sentido de que dejaba a la estimación de los comandos militares que dirigían la campaña la necesidad de convocar Consejos Verbales, podía suceder que aun "en campaña" los graves delitos mencionados en el artículo 104 se juzgasen por los Consejos de Guerra Ordinarios o Superiores. Y ello debía ser así, porque la jurisdicción de estos tribunales era la común y ordinaria, debido a que implicaba **un juicio,** en que el sindicado tenía oportunidad de hacerse oír y defenderse con alguna amplitud; en tanto que los Consejos Verbales sentenciaban por trámites sumarísimos, desprovistos del carácter de verdadero **juicio**, en donde el sindicado tuviese eficazmente garantizado el derecho de defensa, por lo cual encarnaba procedimiento de excepción, que hallaba justificación por estar las tropas frente al ejército enemigo, y combatiéndolo, es decir **en campaña,** circunstancia que por lo general no daría tiempo sino al desarrollo de juzgamientos precipitados, pero necesarios, aunque se sacrificara la justicia, por estar las tropas hostigando al enemigo, en verdaderas operaciones de guerra.

Desde que el estatuto de justicia militar es dado para el juzgamiento de los militares y de los delitos de carácter militar, el término "en campaña" empleado en el artículo 104 hay que entenderlo en su sentido natural y obvio dentro del concepto de la materia reglamentada. Entonces el vocablo tiene su significación especial de **campaña militar,** es decir el movimiento combinado de un ejército fuera de sus cuarteles, cuando con un plan determinado del alto Comando se dirige a abatir con las armas al ene-

migo interior o internacional. Fuera de este campo limitado nadie concibe, incluso el profano en cuestiones militares, cómo sea campaña militar la actividad del Gobierno tendiente a sancionar un levantamiento militar, menos si éste nace ya muerto, como fue el caso del abortado movimiento sedicioso de Pasto.

Con la teoría de la sentencia, que le arrebata al vocablo que le da razón de ser a la creación de la entidad de los Consejos de Guerra Verbales previstos en la Ley 84 de 1931, su alcance obvio y limitado, atribuyéndole en cambio un significado general e ilimitado consistente en la aplicación por el Gobierno de los diferentes instrumentos legales con que cuenta para reprimir los focos de una insurrección militar, llégase derechamente al aberrante resultado de que entonces la jurisdicción de los tales tribunales es la común y ordinaria, y la de los Consejos Superiores u Ordinarios, la excepcional, de manera que los delitos de traición, sedición, insubordinación, etc., debían juzgarse siempre por el sumarísimo y veloz procedimiento, estuviérase o no en campaña militar, porque lo importante es la existencia de la actividad coercitiva del Estado, dirigida a obtener el restablecimiento del orden público, para que se cumpla la condición impuesta en el artículo 104, de estar en campaña.

Ahora, si de acuerdo con el Código de Justicia Militar los Consejos de Guerra Verbales sólo pueden funcionar durante el desarrollo de lo que en el ejército entiéndese por **campaña militar**, síguese de ahí que el Decreto 1640 extralimitó el artículo 104 de aquel estatuto, al ordenar que el juzgamiento de los delitos cometidos por militares y civiles con ocasión del levantamiento del 10 de julio, corresponde a Consejos de Guerra Verbales.

Porque de acuerdo con lo dicho, ese decreto no se dictó dentro de la ejecución de una verdadera campaña militar llevada a cabo por las tropas. Hubo una grave sublevación militar en determinadas y aisladas localidades del país, que para bien de la República fue sofocada al estallar. Constituyó, a no dudarlo, antipatriótico intento de quebrantar el orden jurídico del país, para erigir en cambio algún gobierno **de facto**, que tan abominables son en sus orígenes y consecuencias. Intento que el Gobierno y la ciudadanía supieron dominar hábilmente, ahorrándose así la Patria días de sangre, ruinas y desolación, que la hubieran hecho retroceder quizá por lustros en el camino de su cultura y su progreso, y ello merced a la obra de descarriados hijos. Se hacía natural pues que sobre éstos recayera todo el rigor de la justicia, pero de la justicia encauzada dentro de la Constitución y de las leyes, interpretadas en su significado natural, sin forzado sentido, porque la justicia desbordada retíñese de iniquidad.

Hasta podría admitirse, en gracia de discusión, que determinados focos rebeldes exigieron para dominarlos algo así como una campaña militar; empero, ¿ello habría autorizado la medida de carácter general que encarna el Decreto 1640, destinada a juzgar por Consejos Verbales a todo el que estuviera comprometido en la conspiración, sin importar la distancia a que hallárase de aquellos focos y el tranquilo ambiente de la comarca donde el sedicioso conspira y fuera sorprendido? En manera alguna. En tal evento, no sería extraño que el alto Comando del respectivo grupo de tropas leal, hiciese juzgar sumariamente los delitos militares cometidos en su ejército; mas de ahí a generalizar la medida sobre toda la República, no empece el sitio y el delito cometido, aunque éste fuese de inferior gravedad a los enumerados en el artículo 104, solamente en consideración a que se le descubriese o se creyese descubrir relación directa o indirecta con el plan sedicioso, media profundo abismo que deja sin base jurídica el decreto del Gobierno, el cual por ende extralimitó el marco señalado en el tantas veces mencionado artículo 104.

Extralimitación que conduce directamente a sostener la inconstitucionalidad de ese decreto, y consecuencialmente del 1644, promulgado en desarrollo del primero.

En efecto. En las condiciones dichas el decreto no puede valer sino como disposición nueva, en el sentido de que crea Consejos de Guerra Verbales para casos regidos en la ley militar por otras normas. Y así, con este alcance, al fin parece que lo acepta la mayoría de la Corte, cuando después del inútil empeño por justificar el decreto a la luz del comentado artículo 104, abandona ese resbaladizo campo, situándose en otro no menos frágil. Refiérome a la invocación que la sentencia hace del artículo 43 de la Ley 153 de 1887, regulador del tránsito de la ley antigua a la ley nueva en materia penal, al amparo de cuya doctrina esfuérzase la sentencia por colocar los decretos acusados, asimilándolos a la ley nueva que después de cometido el delito cambia el

tribunal juzgador. Obsérvese que hasta allá no fue la intención del Gobierno. De los considerandos del primer decreto traslúcese sin dificultad que pensó que los Consejos Verbales reconocidos en el Código Militar eran los competentes en orden al juzgamiento de todos los delitos cometidos con motivo de los sucesos del 10 de julio. En comprobación, allí se lee: "Que el juzgamiento de los delitos que se hayan cometido corresponde a los Consejos de Guerra Verbales, cuando a juicio del alto Comando sea preciso el procedimiento para restablecer prontamente el orden público o mantener en alto la moral del ejército". Proposición que es tomada del artículo 104, cual si se estuviera dándole ejecución a este precepto. El decreto fue dictado pues bajo la idea de que nada se cambiaba en la legislación; pero ese sano propósito se tradujo, contra el deseo del Gobierno, en nuevo canon jurisdiccional, en pugna con los artículos 117 y 170 de la Codificación Constitucional.

El artículo 117. De acuerdo con este mandato de la Constitución Nacional, turbado el orden público, el Gobierno debe ceñirse a las facultades legales, y en ausencia de éstas puede acudir a las reglas del Derecho de Gentes. Es decir, que aun en tiempos de anormalidad la ley guarda todo su imperio, y en defecto de leyes, el Gobierno, para resolver situaciones imprevistas, aplica las normas del Derecho de Gentes. El Gobierno tiene además la facultad de suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio. Si encuentra tal incompatibilidad, suspende la norma o el reglamento correspondiente y tiene poder de dictar otro que la reemplace, pero de carácter transitorio, pues restablecido el orden público recobran su pleno vigor las leyes suspendidas. En el Código Militar están consignadas las penas, los procedimientos y los tribunales con cuya aplicación se castigan los delitos militares. Ese Código es dado para épocas normales como para tiempos de anormalidad, cuando está turbado el orden público, pues allí se contempla también la represión de sublevaciones, levantamientos, insubordinación de las tropas, etc.

Luego turbado el orden público, el Gobierno no puede reemplazar esas normas, por dos razones que para mí no tienen réplica:

Primera, porque nadie concibe que esas normas sean incompatibles con el estado de sitio, pues fueron promulgadas precisamente como instrumentos, para restablecerlo.

Segunda, porque al reemplazarlas por otras, ya consagrando nuevos y distintos trámites, ya estableciendo maneras de juzgar a los delincuentes distintas de las previstas en el Código Militar, tratando de convertir en competentes tribunales que por sí son incompetentes, estas otras medidas por su naturaleza tienen que ser de carácter permanente, destinadas a sobrevivir en su vigencia aun después de levantado el estado de sitio, y eso manifiestamente va contra los poderes otorgados al Gobierno en el artículo 117.

Por esta razón, para mí carece de importancia y de oportunidad la apelación que la sentencia hace al artículo 43 de la Ley 153 de 1887 y al alcance de los principios sobre irretroactividad de la ley en materia de procedimientos, pues el nudo del problema que a la Corte se le presentaba no radicaba ahí, sino precisamente en saber si el Gobierno tenía poderes para legislar, inclusive en materia procedimental, reemplazando la ley que el Congreso había dictado con vistas así a tiempos de paz o de graves emergencias de guerra. A la luz del perentorio texto constitucional, ¿cómo es posible que el Gobierno haya podido promulgar y ejecutar los decretos acusados, cuya vida no es transtioria ni provisional, sino destinada a prolongarse a través de los tiempos y a regir después de restablecido el estado de sitio?

El artículo 170. Esta disposición sí que es terminante. De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, prescribe el canon. No contento el constituyente con el establecimiento de la norma general contenida en el artículo 24, según la cual nadie podrá ser penado **ex-post facto,** sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente háyase prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente, en el artículo 170 estatuyó regla especial en relación con los militares, disponiendo que se les juzgue por la jurisdicción que establezca el Código Militar. Pues el Código Militar de 1931 limitaba a casos de excepción y singulares la actuación de los Consejos Verbales. Los decretos acusados convirtieron esa actuación en regla general para todos los delitos militares cometidos en época determinada en todo el territorio na-

cional, luego contrariaron el canon constitucional. A más de ser leyes de carácter permanente, cambiaron una jurisdicción, la que entraña **juicio,** por la sumarísima, en que propiamente no hay **juicio,** con lo cual se arrebató la garantía de amplia defensa a que tiene derecho todo sindicado. Amplitud en la defensa, que tampoco se opone al estado de turbación del orden público, el cual, a mi parecer, se restaura mejor con medidas colocadas dentro de la legalidad, que no con otras que por desbordarse de los cauces constitucionales, tórnanse injustas, agravando la situación de orden público debido al semillero de inconforme reacción que tras de sí dejan.

Tampoco encuentro satisfactorias las razones que aduce la sentencia en apoyo de la tesis de la inaplicabilidad del artículo 118 de la Constitución, al caso de los decretos extraordinarios que dicte el Gobierno en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 117. La sentencia sostiene que la consulta previa al Consejo de Estado por lo relacionado con los casos del artículo 117, reza exclusivamente con la declaratoria del estado de sitio. A ese fin hace una distinción, que el artículo 118 no contempla, entre la mencionada medida y los decretos extraordinarios, y agrega la historia del origen del artículo 118, historia que no arroja ninguna luz con la cual fuera posible hacer la distinción propugnada en el fallo.

Basta la lectura de los artículos 117 y 118 para concluír que el segundo abarca todos **los casos** del primero. Es decir, que el Gobierno debe oír previamente el parecer del Consejo de Estado tanto en lo tocante con el decreto sobre turbación del orden público, como respecto de los decretos que dicte, encaminados a reemplazar las leyes incompatibles con el estado de sitio. Y es que nada se opone, y al contrario, todo aconseja, que se oiga el concepto del Consejo de Estado, con el cual quiso el constituyente que se asesorara el Gobierno a fin de evitar medidas precipitadas y ligeras. Requisito que por lo demás no entraña ninguna traba a la actividad del Gobierno, en razón de que tales dictámenes no lo obligan, pero en cambio constituyen una garantía de acierto y de ponderación, muy acorde con el sentido republicano y democrático de nuestras instituciones, en que se advierte el propósito de alejar, aun en tiempos de guerra interior o exterior, el peligro de que al amparo de las facultades extraordinarias se abran las puertas de la arbitrariedad.

Para terminar, no está de más advertir que la inexequibilidad de los decretos acusados nunca habría llevado a la práctica impunidad de los autores y responsables del movimiento subversivo del 10 de julio. Absolutamente. Por consecuencia de su declaración simplemente habrían desaparecido los juzgamientos llevados a cabo por los Consejos Verbales de Guerra; y en cambio, regularizado el procedimiento por las vías adecuadas, ningún responsable hubiera tenido motivo para proclamar que se le había condenado sin haberlo oído y vencido en **juicio verdadero.**

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO NUMERO 2931 DE 1944, CUYO CONOCIMIENTO NO CORRESPONDE A LA CORTE

En el caso de autos sostiene la Corte que se está en presencia de un decreto ordinario expedido por el señor Presidente de la República, y como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Acto Legislativo número 1º de 1945, reformatorio de la Constitución Nacional, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de la facultad de que tratan los ordinales 8º y 9º del artículo 69 y 117 de la Constitución, la Corte estima que carece de competencia para juzgar de la demanda y se abstiene, en consecuencia, de seguir conociendo de ella.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, junio catorce de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En ejercicio de la facultad que otorga el inciso 2º del artículo 149 de la Codificación constitucional, el señor Alberto Llaña Vezga diciéndose mayor de edad y vecino de esta ciudad solicita que la Corte declare inexequible por inconstitucional el artículo 1º del Decreto número 2931 de 1944 (diciembre 21) que dice así:

"Artículo 1º Cuando los administradores fiduciarios deban proceder, por disposición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a hacer entrega de bienes cuya administración, por providencia de ese mismo despacho les haya sido encomendada, y la persona que la solicite no sea el "legítimo propietario" de los mismos —sino que alegue la calidad de apoderado de éste— deberá presentar poder especial para esta entrega, con las formalidades y autenticaciones que, según el caso, deban exigirse, del propietario legítimo y para llenar, además a su nombre las formalidades requeridas por los artículos 1º y 2º del Decreto 2245 de 1944".

Considera el peticionario que con esa disposición "se violan los artículos 10º, incisos 1º y 2º; 45; 52, inciso 2º; 54; 69, numeral 1º; 73, numeral 2º y 115, numeral 3º de la Constitución Nacional".

Surtido el traslado de rigor al señor Procurador General de la Nación, este alto funcionario solicita que se declare que el conocimiento de esta demanda de inconstitucionalidad corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa y no a la Corte, por virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, ya que en su concepto se trata de un decreto ordinario, es decir, "dictado en desarrollo de la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República".

La Corte considera:

El demandante reconoce en su libelo de demanda que el acusado es un decreto expedido "con fundamento en la potestad reglamentaria, que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, por virtud del numeral 3º del artículo 115 de la Codificación constitucional vigente" y en verdad que ese concepto no parece descaminado, pues dicho decreto fue dictado por el Presidente "en uso de sus atribuciones legales" y sin fundarse en facultades extraordinarias. De otro lado, en su primera parte se dice claramente que en él "se reglamenta la entrega de bienes en fideicomiso y el otorgamiento y registro de escrituras y documentos..." y en el texto mismo del artículo 1º acusado no se dispone cosa distinta de la de reglamenatr la manera de entregar bienes que se encuentran en administración fiduciaria.

También es pertinente observar que las facultades extraordinarias conferidas al señor Presidente de la República para adicionar o modificar los Decretos Extraordinarios sobre administración y control de bienes de extranjeros estuvieron vigentes hasta el 31 de diciembre de 1943, conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 13 de la Ley 7ª de 1943, lo cual hace ver a las claras que no se trata de un decreto de la naturaleza indicada dictado con fundamento en

dicha ley, porque el acusado es de fecha 21 de diciembre de 1944.

De otro lado, el referido Decreto 2931 apenas lleva la firma del señor Presidente de la República y de su Ministro de Hacienda y Crédito Público y por ello se comprende que no es tampoco un decreto de carácter legislativo proferido con base en el artículo 117 de la Constitución Nacional, pues éstos tienen como una de sus características constitucionales especiales la de llevar las firmas del Presidente y de todos sus Ministros, aparte de que en aquél tampoco se expresa que hubiera sido pronunciado en virtud de la facultad que al Gobierno otorga dicho texto constitucional.

Por las precedentes consideraciones la Corte sostiene que se está en presencia de un decreto ordinario expedido por el señor Presidente de la República, y como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Acto Legislativo número 1 de 1945, reformatorio de la Constitución Nacional, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de la facultad de que tratan los ordinales 8º y 9º del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución, la Corte estima que carece de competencia para juzgar de la demanda que aquí se considera y se abstiene, en consecuencia, de seguir conociendo de ella, ya que por lo expuesto su jurisdicción para decidir sobre la exequibilidad de los decretos del gobierno acusados de inconstitucionalidad se concreta hoy día a los que sean expedidos en virtud de las autorizaciones o facultades de que hablan los numerales 8º y 9º del artículo 69 de la Carta o con ocasión del estado de turbación del orden público.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y remítase el expediente al Consejo de Estado por ser la entidad a la cual compete decidir acerca de este asunto.

Hernán Salamanca — Germán A. Alvarado— Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock — Agustín Gómez Prada — Jorge Gutiérrez — Ricardo Hinestrosa Daza — Ricardo Jordán — Ramón Miranda—José Antonio Montalvo — Domingo Sarasty—Eleuterio Serna — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 28 DE LA LEY 153 DE 1887

Aunque es exacto en principio que la ley no dispone sino para lo futuro, el legislador colombiano de 1887 (artículo 49, Ley 153), aceptando la conveniencia de expedir leyes retroactivas por imposición del bien general, consideró que no se justificaba la regla absoluta de la irretroactividad de la ley, y por este motivo derogó el artículo 13 del C. C. que lo establecía en forma terminante, quedando desde entonces sujeta la aplicación de la norma jurídica de la irretroactividad legal, no al imperio de una disposición prohibitiva, sino a la doctrina constitucional del respeto, obligatorio para el legislador, del derecho adquirido con arreglo a las leyes civiles. Esta doctrina constitucional, que a su vez es norma de interpretación de la ley, tiene su desarrollo normativo en el articulado de la Ley 153 de 1887, dictada por la misma asamblea que redactó el estatuto fundamental, y que en relación con aspectos diversos y múltiples de la legislación nacional da reglas para los casos en que al aplicar las leyes se advierta incongruencia entre ellas, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trátese de establecer el tránsito de derecho antiguo a derecho nuevo, con la intención doctrinaria de quitar rigidez al principio antiguo de la irretroactividad y señalando el límite que separa el dominio de la ley antigua del de la nueva no con una línea recta e inflexible sino con una que en partes se desvía conformándose a las nuevas situaciones. La 153 de 1887 es en gran parte ley sobre el efecto retroactivo de las leyes en derecho privado y su fin no es otro que decidir las situaciones conflictivas que resulten de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas, con vista a la teoría del derecho adquirido que consagra la Carta. Este estatuto contiene un haz de soluciones para los problemas que planteen las innovaciones legislativas sobre el estado civil de las personas, la capacidad, los contratos, el derecho de sucesión, etc. Respecto de los derechos reales consigna una norma general en el artículo 28, y reglas de aplicación especial en los artículos 31, 32 y 33 en relación con el usufructo, uso, habitación y servidumbres. De estos derechos reales (de dominio, de herencia, de usufructo, de uso y habitación, de prenda y de hipoteca), el primero, que es el más caracterizado de los derechos reales, tiene un régimen especial en la Constitución que autoriza la facultad de expedir leyes con efecto retroactivo por motivos de utilidad pública o de interés social, aun sin indemnización en casos especiales en que por razones de equidad lo determine el legislador, y en lo referente a los demás opera la doctrina general constitucional del derecho adquirido. Puede darse, y debe darse, al precepto legal acusado un entendimiento que armoniza con la norma de la Carta de que los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, esto es, no puede el legislador "darse por desentendido" de su existencia, ni herirlos o perjudicarlos con relación a las leyes civiles que configuraron su nacimiento.

Cuando dice el artículo 28 que "un derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra", contempla la ocurrencia de que la nueva ley exija distintos y nuevos requisitos para la constitución del derecho real, y entonces, tratándose de la realidad del derecho anteriormente constituído, la ley nueva no tiene aplicación. Pero como jurídicamente no puede entenderse esto en el sentido de que esos derechos reales sean perpetuos, ya que con excepción del dominio a los demás corresponde por esencia la calidad de temporales, el legislador puede innovar las causas y casos de terminación o pérdida, y es en frente de esta posibilidad como ha dicho que "en lo tocante a su extinción" prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, norma ésta de orientación judicial para la aplicación de la nueva ordenación que da oportunidad para considerar la cuestión del derecho adquirido, pero que en manera alguna puede significar que ineludiblemente debe tener efecto retroactivo la ley nueva, en el sentido científico de regir el pasado para suprimir efectos realizados de un derecho, porque es evidente que las nuevas disposiciones legales sobre extinción de un derecho real, desde el punto de vista de su titular, pueden favorecerlo si, por ejemplo, eliminan causales de extinción o la dificultan, o perjudicarlo, si multiplican esas causales o facilitan la extinción del derecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, junio dieciocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca)

El ciudadano colombiano Jorge Julio Quintero Q., en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la C. N. pide a la Corte Suprema de Justicia, en libelo fechado el 8 de noviembre de 1944, que declare "la anulación del artículo 28 de la Ley 57 (sic) de 1887 en la parte en que establece que las disposiciones de una nueva ley prevalecerán en lo tocante a la extinción del derecho real adquirido bajo una ley anterior".

Conocido el concepto del señor Procurador General de la Nación, favorable en un todo a la disposición acusada, decide la Corte.

El artículo acusado, que según el contexto de la demanda corresponde a la Ley 153 y no a la 57 como equivocadamente se cita, dice:

"Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

Se funda la demanda en que esta disposición es contraria a la consignada en el artículo 26 de la C. N., hoy 30, que consagra la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, impidiendo que sean desconocidos o vulnerados por leyes posteriores. "Es obvio —dice el demandante— que una ley nueva no puede expresar lo contrario de lo prevenido por la Constitución, como lo hace la disposición acusada, cuando, después de enunciar que un derecho adquirido **subsiste** bajo el imperio de otra ley, concluye diciendo que en lo tocante a su extinción se rige por la ley nueva".

Aunque es exacto en principio que la ley no dispone sino para el futuro, el legislador colombiano de 1887 (artículo 49, Ley 153), aceptando la conveniencia de expedir leyes retroactivas por imposición del bien general, consideró que no se justificaba la regla absoluta de la irretroactividad de la ley, y por este motivo derogó el artículo 13 del C. C. que lo establecía en forma terminante, quedando desde entonces sujeta la aplicación de la norma jurídica de la irretroactividad legal, no al imperio de una disposición prohibitiva, sino a la doctrina constitucional del respeto, obligatorio para el legislador, del derecho adquirido con arreglo a las leyes civiles. Esta doctrina constitucional, que a su vez es norma de interpretación de la ley, tiene su desarrollo normativo en el articulado de la Ley 153 de 1887, dictada por la misma Asamblea que redactó el estatuto fundamental, y que en relación con aspectos diversos y múltiples de la legislación nacional da reglas para los casos en que al aplicar las leyes se advierta incongruencia entre ellas, u osurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trátese de establecer el tránsito de derecho antiguo a derecho nuevo, con la intención doctrinaria de quitar rigidez al principio antiguo de la irretroactividad y señalando el límite que separa el dominio de la ley antigua del de la nueva no con una línea recta e inflexible sino con una que en partes se desvía conformándose sobre las nuevas situaciones. La 153 de 1887 es en gran parte ley sobre el efecto retroactivo de las leyes en derecho privado y su finalidad no es otra que decidir las situaciones conflictivas que resulten de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas, con vista a la teoría del derecho adquirido que consagra la Carta. Este estatuto contiene un haz de soluciones para los problemas que planteen las innovaciones legislativas sobre el estado civil de las personas, la capacidad, los contratos, el derecho de sucesión, etc. Respecto de los derechos reales consigna una norma general en el artículo 28, acusado en la acción que hoy se decide, y reglas de aplicación especial en los artículos 31, 32 y 33 en relación con usufructo, uso, habitación y servidumbres. De estos derechos reales (de dominio, de herencia, de usufructo, de uso y habitación, de prenda y de hipoteca), el primero, que es el más caracterizado de los derechos reales, tiene un régimen especial en la Constitución que autoriza la facultad de expedir leyes con efecto retroactivo por motivos de utilidad pública o de interés social, aun sin indemnización en casos especiales en que por razones de equidad lo determine el legislador, y en lo referente a los demás opera la doctrina general constitucional del derecho adquirido. Puede darse, y debe darse, al precepto legal acusado un entendimiento que armoniza con la norma de la Carta de que los derechos adquiridos con justo título y arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, esto es, no puede el legislador "darse por desentendido" de su existencia, ni herirlos o perjudicarlos con relación a las leyes civiles que configuraron su nacimiento. Cuando dice el artículo 28 que "un derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra",

contempla la ocurrencia de que la nueva ley exija distintos y nuevos requisitos para la constitución del derecho real, y entonces, tratándose de la realidad del derecho anteriormente constituído la ley nueva no tiene aplicación. Pero como jurídicamente no puede entenderse esto en el sentido de que estos derechos reales sean perpetuos, ya que con excepción del dominio a los demás corresponde por esencia la calidad de temporales, el legislador puede innovar las causas y casos de su terminación o pérdida, y es en frente de esta posibilidad como ha dicho que 'en lo tocante a su extinción" prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, norma esta de orientación judicial para la aplicación de la nueva ordenación que da oportunidad para considerar la cuestión del derecho adquirido, pero que en manera alguna puede significar que ineludiblemente debe tener efecto retroactivo la ley nueva, en el sentido científico de regir el pasado para suprimir efectos realizados de un derecho, porque es evidente que las nuevas disposiciones legales sobre extinción de un derecho real, desde el punto de vista de su titular pueden favorecerlo si, por ejemplo, eliminan causales de extinción o la dificultan, o perjudicarlo si multiplican esas causales o facilitan la extinción del derecho. En otras palabras, la sola regla de que prevalece la innovación del régimen jurídico extintivo de los derechos reales no es incompatible ni inarmónica de suya con la doctrina constitucional que ampara el derecho adquirido, y entonces el problema de la inconstitucionalidad se desplaza lógica y necesariamente, a través del artículo acusado que es sólo un puente sobre dos sistemas, a la consideración y análisis de la situación jurídica que establece la nueva legislación, para deducir si con ella se daña o perjudica otra situación perfectamente constituída con arreglo a una ley anterior.

Esta es también la tesis de la Procuraduría General de la Nación, como puede verse del siguiente pasaje que se copia de su autorizado concepto:

"La extinción de un derecho es el fenómeno jurídico en virtud del cual deja de existir para su titular; al establecer el artículo 28 de la Ley 153 de 1887 que en lo referente a este fenómeno las disposiciones de la nueva ley prevalecerán sobre las de la antigua, lo único que están dando a entender es que, en principio, como regla general de interpretación, como criterio para el juzgador, la ley nueva deberá aplicarse de preferencia a la antigua. Pero ocurre preguntar: este principio abstracto será violatorio de la Carta? De ninguna manera, porque él se refiere exclusivamente al caso de que se dicte una ley en la cual se establezcan reglas sobre extinción de derechos reales; el legislador le dice al Juez: en principio y como criterio general esas reglas deben aplicarse; pero es claro que si en ellas se establece algo que implique el desconocimiento o vulneración de un derecho adquirido, entonces lo que sería inconstitucional sería esa nueva ley, pero no la que contiene apenas un principio orientador, una regla de aplicación de la ley. Y ese aspecto de inconstitucionalidad no cambiaría por el hecho de existir el artículo acusado; en otras palabras: la existencia del artículo cuya declaratoria de inconstitucionalidad se pide no implica ni podría implicar autorización alguna al legislador para que dicte leyes violatorias del artículo 26 de la Carta Fundamental".

Ilustra la interpretación que la Corte da al artículo 28 de la Ley 153 de 1887 su reciente sentencia de 2 de noviembre de 1944 en que sentó doctrina en referencia a la extinción de un derecho real por efecto de una ley nueva con ocasión de la demanda de inexequibilidad de la Ley 51 de 1943, que estableció la prescripción entre comuneros. La Corte declaró ajustado a la Constitución el principio contenido en la citada ley de que el derecho de propiedad de los comuneros no poseedores puede extinguirse por prescripción en favor de los demás condueños, con la condición de que el lapso posesivo se compute dentro de las reglas señaladas en el artículo 41 de la misma Ley 153 de 1887. De esta manera, ejerciendo la Corte su función de guardar la integridad de la C. N., dentro de los principios normativos de la disposición que hoy se acusa, decidió que la Ley 51 de 1943 prevalecía sobre la legislación anterior, pero estimó que en lo relativo a la computación del tiempo de la posesión era violadora de la Carta por considerar que en esa parte se vulneraba un derecho adquirido de los comuneros contra quienes podía prescribirse por estar amparado por un mayor término prescriptivo que establecía una ley anterior.

Lo expuesto da base para concluir que la disposición legal acusada, escrita hace más de medio siglo en la legislación nacional, no está en contradición con ninguno de los preceptos de la Carta.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en uso de la facultad que le otorga el artículo 214 de la C. N. y de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación, decide que es exequible el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, en la parte que ha sido materia de esta acción.

Dése cuenta al señor Ministro de Gobierno.

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

Hernán Salamanca—Germán Alvarado—Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock—Agustín Gómez Prada. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez—Ramón Miranda. José Antonio Montalvo—Domingo Sarasty—Eleuterio Serna — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., oficial mayor en propiedad.

SALA DE CASACION CIVIL

REIVINDICACION — DICTAMEN PERICIAL

Hay diferencia esencial, desde el punto de vista del valor de la prueba, entre el caso del artículo 719 del C. J. y el que reglamenta el 720. En el primero, explicado, ampliado o aclarado o no el dictamen, la prueba conserva su valor demostrativo, calificable en la sentencia de fondo, mientras que en el segundo, si se declara fundada la objeción por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, el experticio pierde su eficacia legal, se destruye o invalida

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Bogotá, abril cinco de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En su propio nombre y ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, en libelo de fecha 3 de febrero de 1939, Sixto Moyano y Ofelia Suárez de Moyano, cónyuges entre sí, demandaron a María Teresa Gracia para que con su citación se declare en sentencia definitiva de juicio ordinario que la demandante Suárez de Moyano es dueña de un lote de terreno ubicado en jurisdicción de Cajicá, por linderos que determina, y que la sociedad conyugal formada por ella y Sixto Moyano es dueña de la casa edificada en este lote, o que, subsidiariamente, por virtud de la acción, la propietaria del suelo lo es de la edificación. Que consecuencialmente se condene a la demandada a la restitución de los inmuebles referidos, con sus frutos naturales y civiles, considerándola para el efecto como poseedora de mala fe.

Admitida la demanda y corrido su traslado legal, la demandada, después de un incidente inútil de excepciones dilatorias, la contestó oponiéndose a las pretensiones de los actores y negando los hechos fundamentales de la acción. Oportunamente y en la forma legal la demandada contrademandó a sus demandantes, personalmente y como representantes de la sociedad conyugal formada por ellos, para que se declare que esa sociedad conyugal le debe el valor de las mejoras hechas por la demandada a sus expensas en la casa de que se trata, mejoras determinadas en la escritura pública número 349 del 22 de marzo de 1935, de la Notaría 3ª de Bogotá, hechas a ciencia y paciencia de los actores, y que la demandada goza del derecho de retención de la finca hasta el pago de tales mejoras.

Trabado el juicio doble con el traslado de las dos demandas, cuyos antecedentes y hechos fundamentales no es necesario puntualizar para la decisión de este recurso, fue decidido al final de los trámites correspondientes por el Juzgado del Circuito en sentencia del 25 de junio de 1942, en la cual se absolvió a los dos demandados, al de la acción principal y a los de la contrademanda, por no ser el caso de hacer ninguna de las declaraciones y condenaciones solicitadas en ninguna de los dos libelos.

Sentencia Acusada.

Llevado el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por virtud de la apelación interpuesta por ambas partes contra la decisión del Juzgado, se decidió definitivamente la segunda instancia del juicio en sentencia de 9 de mayo de 1943, en la cual se revocó la apelada y en su lugar se declaró que la demandante Ofelia Suárez de Moyano es dueña del lote de terreno y de la casa en él edificada, fincas éstas que la demandada debe restituir a su dueña con sus frutos percibidos desde la contestación de la demanda.

"Se declara que la demandante Ofelia Suárez de Moyano —dice el ordinal 5º de la parte resolutiva de esta sentencia— debe a la demandada Teresa Gracia la suma de quinientos pesos

($ 500.00) moneda corriente, como valor de las mejoras hechas por ésta en la casa que aquélla reivindica, mejoras que se detallan en la escritura número 349 de 22 de marzo de 1935, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá".

Se reconoce en favor de la demandada Teresa Gracia el derecho de retención en los términos del artículo 970 del C. C., se estatuye que las demás prestaciones mctuas a que haya lugar se liquidarán por el procedimiento del artículo 553 del C. J., se niegan los demás pedimentos de la demanda principal y de la de reconvención y no se hace condena en costas en ninguna de las instancias.

Respecto de la cuestión que exclusivamente está sometida a la jurisdicción de la Corte, sobre avaluación de las mejoras reconocidas a favor de la demandada Teresa Gracia, contiene la sentencia el siguiente aparte: "El avalúo pormenorizado de tales mejoras fue dado en el juicio por el perito señor Sinforoso Pinilla (fl. 14 Cuad. Nº 7), así en su costo inicial como en el valor que actualmente representan, en las cantidades de $ 979.00 y $ 500.00 respectivamente. El perito señor Luis Galvis adhirió en escrito separado al dictamen del perito Pinilla, diciendo simplemente que después de un detenido examen de las mejoras llegó a la conclusión de que el avalúo dado a ellas por el perito señor Pinilla es muy acertado y por tanto se adhiere a dicho dictamen en todos sus puntos de vista. De los dos dictámenes así concebidos se dio traslado a las partes por el término legal, sin que aparezca objetado el avalúo que expresan... El valor de estas mejoras estimado pericialmente dentro del juicio sin objeción alguna de las partes es la suma de quinientos pesos moneda corriente, y él debe ser pagado o asegurado por la señora dueña del inmueble que se reivindica, en fuerza del mandato legal precitado...".

El recurso.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. acusa la sentencia del Tribunal la demandada y contrademandante Teresa Gracia en el recurso de casación que oportunamente interpuso y que hoy decide la Corte al final de sus trámites legales.

Precisamente circunscribe el recurrente el interés del recurso al contenido del numeral 5º de la parte esolutiva de la sentencia, atrás copiado, en cuanto allí se avalúan en $ 500 las mejoras, en el único cargo que formula y qué hace consistir en la violación de los artículos 965, 966 y 967 del C. C. en que incurrió el Tribunal como consecuencia del error que cometió al darle valor de plena prueba a un dictamen pericial que no existe por haber sido triunfalmente objetado por error grave.

Se considera.

La confrontación de las afirmaciones de la demanda de casación con las noticias procesales pone de manifiesto la exactitud y pleno fundamento con que se formula el cargo. Aparece de autos, en efecto, que el dictamen pericial rendido por los avaluadores Sinforoso Pinilla y Luis Galvis y adoptado por el Tribunal, como aceptado por las partes litigantes, fue objetado por error grave dentro del término legal de su traslado por el apoderado de Teresa Gracia, y que tramitada la articulación correspondiente (cuaderno Nº 9) se declaró por el Juzgado del Circuito no probada la objeción propuesta. Recurrido en apelación este auto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial lo revocó y en su lugar declaró fundada la objeción propuesta contra el avalúo pericial. Esta decisión quedó en firme por haberse negado la reposición que contra ella se intentó.

El error grave que el Tribunal consideró que afectaba el avalúo pericial se hizo consistir en desviación del objetivo y alcance de la prueba, porque la intervención de los peritos se pidió, no para avaluar nada, sino para demostrar y establecer las condiciones de las mejoras realizadas en la casa. Así está incuestionablemente fijado el objeto de la prueva al ser pedida y decretada su práctica. Pero cualquiera que sea el fundamento y acierto con que se haya procedido en la descalificación de la prueba por error grave, el hecho procesal inmodificable de que el avalúo pericial no existe, es evidente, y evidente también el error del sentenciador al concederle mérito o valor demostrativo a una prueba legalmente inexistente. Hay diferencia esencial, desde el punto de vista del valor de la prueba, entre el caso del artículo 719 del C. J. y el que reglamenta el artículo que le sigue, el 720. En el primero, explicado, ampliado o aclarado o no el dictamen, la prueba conserva su valor demostrativo, calificable en la sentencia de fondo, mientras que en el segundo, si se declara fundada la objeción por error grave, fueza, dolo, cohecho o seducción, el experticio pierde su eficacia legal, se destruye o invalida.

No habiendo sido, por consiguiente, fijado en el juicio el valor de las mejoras que la actora Suárez de Moyano debe a la demandada Gracia, sobre cuya existencia y entidad no se discute ni controvierte, la solución que legalmente procede en reemplazo de la cifra equivocadamente fijada por el Tribunal es la prevista en el artículo 553 del C. J. para los casos en que la sentencia se condene a pagar una cantidad ilíquida.

Por lo expuesto la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, **administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, casa parcialmente** el ordinal 5º de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 9 de mayo de 1941, en el sentido de que el valor de las mejoras a que allí se hace referencia se fijará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

En todo lo demás conserva su imperio la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

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

Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO — TESTAMENTO NUNCUPATIVO. FIRMA A RUEGO — SU VALOR

Nuestra ley, como en lo general hacen y siempre han hecho todas, para reconocer y garantizar al individuo la facultad de formular su voluntad en forma eficaz para que tenga pleno cumplimiento después de sus días y para que la autoridad pueda poner todo su conato en la cabal y fiel ejecución de aquella, se precave cautelosamente a fin de cerciorarse de que se trata en realidad de una voluntad efectiva, no fingida, ni impuesta, ni desviada. De ahí las formalidades de que rodea el testamento. Y al propio tiempo se guarda de extremar sus precauciones al punto de impedir que tal voluntad se manifieste. De ahí, por ejemplo, las disposiciones sobre testamentos menos solemnes, que se dicen también privilegiados, por la prescindencia de ciertos requisitos determinados en ellas, en ciertos casos que en ellas tienen también su precisa determinación; de suerte que, en vista de la realidad de las situaciones respectivas allí contempladas, dejan de ser necesarios tales o cuales de los elementos indispensables en los testamentos plenamente solemnes. Siguiendo pru dentemente ese empeño de reconocer la realidad sin menoscabo de la certidumbre, nuestra ley atiende al caso singular de la ausencia de notario y confiere la autorización establecida en el artículo 1071 del Código Civil. Por su lado el artículo 1077 compensa esta facilidad exigiendo la publicación del testamento y reglamentándola en la forma indicada allí mismo, a fin de que por ante el juez competente reconozcan los testigos sus firmas y la del testador y abonen, en su caso, las de los testigos ausentes. Esta misma disposición permite la intervención de otras personas fidedignas, "siempre que el juez lo estimare conveniente. "Esto por lo que toca al testamento en sí y a su declaración por el juez de ser tal. En seguida se ordena allí que el juez y su secretario rubriquen cada página y que hecha la declaración de testamento nuncuoativo, con expresión de su fecha, lo actuado, previo registro, pasará al Notario respective.

Múltiples disposiciones legales dan a la firma a ruego el mismo valor que a la firma propia, sin que, por lo mismo, la falta material de ésta pueda reputarse falta efectiva de firma, en cuanto esté aquella supliéndola o reemplazándola. El artículo 1075 del Código Civil autoriza expresamente la falta de la firma personal en su inciso 2º.

2.—La Ley 45 de 1936, en su artículo 23, da entrada a la cuarta de mejoras a los hijos naturales y a su descendencia legítima, reformando así el artículo 1242 del Código Civil, en cuanto la señalaba tan sólo para los descendientes legítimos del causante. Hoy uno o más de éstos o de aquellos (hijos naturales o descendientes legítimos de éstos) están titulados para llevar la cuarta de mejoras, la que, sobra decirlo, no ha sido ni es para ascendientes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 23 de junio último, reformatoria de la del Juzgado del Circuito de Villavicencio de 14 de abril de 1943, en el juicio ordinario seguido por Arturo Vivas Acosta contra Luis María y Alfredo Maldonado sobre las cuestiones que se verán en seguida, en relación con el testamento y la causa mortuoria de Luis Rueda o Restrepo.

Antecedentes.

Este señor, hijo natural de Petronila Rueda, murió célibe el 20 de agosto de 1938, día en que aparece testando en forma que, por lo que hace al pleito, se resume en estos dos hechos cardinales: instituye herederos únicos suyos a los actuales demandados y los reconoce como sus hijos naturales. El testamento se otorgó ante cinco testigos y el Juez del Circuito de Támara lo declaró nuncupativo en providencia de 20 de octubre de 1938, tal como indican los artículos 1071 y 1077 del Código Civil.

Cesiones solemnizadas en las respectivas escrituras públicas traídas al proceso, traspasaron las

tres cuartas partes proindiviso de los derechos de Petronila Rueda en la sucesión de su prenombrado hijo al demandante, quien, según su demanda inicial y su reforma, suplica: que se declare nulo por apócrifo y simulado dicho testamento y sin efecto la mencionada providencia y las actuaciones que la hayan tenido por base; que, consecuencialmente, los menores Maldonados no tienen derecho a suceder al prenombrado Restrepo o Rueda ni personería para intervenir en su causa morturia; que ésta debe seguirse como intestada con Petronila Rueda, madre natural, como heredero único. En subsidio de la nulidad del testamento, pide su reforma que dé entrada a esta heredera como legítimaria. Pide también el actor se le reconozca como cesionario de esta señora en las tres cuartas partes de sus derechos herenciales.

Los demandados, representados por su madre natural Delia Maldonado, quien nombró apoderado, contestaron oponiéndose y contrademandaron solicitando estas declaraciones; que ellos son hijos naturales de Luis Restrepo o Rueda y, por lo mismo, sus legitimarios, y que, excluyendo su derecho al que pretende Petronila Rueda, la herencia corresponde a ellos íntegramente y no a ella ni a su cesionario; y en subsidio, que si la madre concurre con los hijos, llevará sólo una legítima rigurosa, de lo cual serán tres cuartas partes para el demandante, y todo lo demás lo llevarán por igual los menores Maldonado.

Sentencias de instancia.

El Juzgado negó la anulación del testamento y, por ende, las peticiones derivadas de ella, y declaró a Petronila Rueda legitimaria de su finado hijo en su condición de madre natural, con derecho a una legítima rigurosa, en cuyas tres cuartas partes es cesionario el actor; el resto de la herencia lo llevarán por igual entre sí los dos Maldonados, a quienes declara hijos naturales y legitimarios del causante.

Apeló sólo el apoderado de Vivas Acosta. El Tribunal resolvió en suma: 1º Petronila Rueda, como madre natural de Luis Rueda o Restrepo, es su legitimaria; 2º Luis María y Alfredo Maldonado son legitimarios del mismo como sus hijos naturales, al tenor del testamento que así los instituye y reconoce; 3º Hay ilegitimidad en la personería de la parte demandada en lo que mira a la demanda de nulidad el testamento; 4º No hay lugar a reformarlo, y 5º Son improcedentes todas las súplicas de la demanda de reconvención. No hay costas en ninguna de las instancias.

El Juzgado entró en el estudio de la acción de nulidad del testamento y se denegó a declararla por no haber pruebas de ser apócrifo y falso, que son los cargos que le hace la demanda y en que funda esa solicitud.

El Tribunal no entró a conocer de esa acción, porque echó menos la presencia en el juicio de Clemente Fuentes, en quien ve un legatario.

El Juzgado, y el Tribunal de acuerdo con él, se denegaron a considerar la acción de reforma, porque, según el artículo 1276 del C. C., "El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima", y porque la reforma del testamento se solicita con el fin de dar entrada a la sucesión de Petronila Rueda, por lo cual aquélla es innecesaria, siendo así que a ésta se reconoce en su calidad de madre natural la de legitimaria de su hijo.

El Juzgado accedió a la solicitud de la contrademanda sobre declaración en favor de los Maldonados de su calidad de hijos naturales de Luis Restrepo o Rueda; y el Tribunal se abstuvo de tal declaración, no por conceptuar en el fondo en sentido contrario, sino porque aquella solicitud no cabe cuando la hace innecesaria el reconocimiento, el que aquí está en pie con el testamento mismo que lo contiene.

Análogamente, si el Juzgado accedió en la forma ya dicha a alguna de las restantes solicitudes de la contrademanda, el Tribunal se abstuvo de considerarlas, por improcedentes, en vista de que es ajeno al presente juicio ordinario lo tocante a la manera de adjudicarse los bienes, problema éste correspondiente al juicio mortuorio en el incidente de partición.

La casación

Como ya se dijo, ambas partes litigantes son recurrentes. Se estudiarán ambos recursos con la debida separación.

El abogado del doctor Vivas Acosta ataca la sentencia del Tribunal ante todo por error en la interpretación de la cláusula testamentaria relativa a Clemente Fuentes, en cuanto lo reputa legatario. y porque así violó, aplicándolo indebidamente, el artículo 1191 del C. C.; y como esto

fue lo que condujo al Tribunal a abstenerse de estudiar la nulidad del testamento en razón de no figurar Fuentes como demandado, pide que, corregidos esos errores, entre la Sala en ese estudio y declare la nulidad del testamento y de la citada providencia judicial que lo declara nuncupativo.

Según ese artículo 1191, "las deudas confesadas en el testamento y de que por otra parte no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos".

La cláusula testamentaria aludida dice: "Declaro que cuarenta reses de las Tigras son de propiedad de Clemente Fuentes y que he recibido el valor de dicho ganado parte en trabajo y en dinero".

Salta a la vista que aquí el testador no confiesa deuda alguna y que clara y simplemente reconoce que no son de él sino de Fuentes los animales a que se refiere en esa declaración testamentaria.

El cargo es, por tanto, fundado, lo que indica que la Sala debe estudiar la acción de nulidad del testamento.

Gravemente enfermo Restrepo o Rueda en el sitio llamado El Pretexto, ubicado en el Municipio de Nunchía, decidió testar y, no habiendo allí Notario, ordenó buscar o conseguir cinco personas que sirviesen como testigos, a fin de poder otorgar testamento. Se advierte que las declaraciones recibidas comprueban que Rueda o Restrepo dio tal orden y que por eso se congregaron en El Pretexto las cinco personas que intervinieron con el expresado fin como adelante se verá.

Se advierte asimismo que, según las declaraciones recibidas con ocasión de la muerte de Restrepo y de las medidas de la autoridad para poner en seguridad sus bienes, al propio tiempo que él proveía a que se completasen los cinco testigos necesarios para poder testar, informó a los ya presentes sobre sus bienes y negocios, así como sobre sus relaciones con Delia Maldonado.

Nuestra ley, como en lo general hacen y siempre han hecho todas, para reconocer y garantizar al individuo la facultad de formular su voluntad en forma eficaz para que tenga pleno cumplimiento después de sus días y para que la autoridad pueda poner todo su conato en la cabal y fiel ejecución de aquélla, se precave cautelosamente, a fin de cerciorarse de que se trata en realidad de una voluntad efectiva, no fingida, ni impuesta, ni desviada. De ahí las formalidades de que rodea el testamento. Y al propio tiempo se guarda de extremar sus precauciones al punto de impedir que tal voluntad se manifieste. De ahí, por ejemplo, las disposiciones sobre testamentos menos solemnes, que se dicen también privilegiados, por la prescindencia de ciertos requisitos determinados en ellas, en ciertos casos que en ellas tienen también su precisa determinación; de suerte que, en vista de la realidad de las situaciones respectivas allí contempladas, dejan de ser secesarios tales o cuales de los elementos indispensables en los testamentos plenamente solemnes.

Siguiendo prudentemente ese empeño de reconocer la realidad sin menoscabo de la certidumpre, nuestra ley atiende al caso singular de la ausencia de notario y confiere la autorización establecida en el citado artículo 1071, que dice: "En los lugares en que no hubiere notario o en que faltare este funcionario, podrá otorgarse el testamento solemne, nuncupativo, ante cinco testigos que reúnan las cualidades exigidas en este Código".

Por su lado, dicho artículo 1077 compensa esta facilidad exigiendo la publicación del testamento y reglamentándola en la forma indicada allí mismo, a fin de que por ante el juez competente reconozcan los testigos sus firmas y la del testador y abonen, en su caso, las de los testigos ausentes. Esta misma disposición permite la intervención de otras personas fidedignas, "siempre que el juez lo estimare conveniente". Esto, por lo que hace al testamento en sí y a su declaración por el juez de ser tal. En seguida se ordena allí que él y su secretario rubriquen cada página, y que hecha la declaración de testamento nuncupativo, con expresión de su fecha, lo actuado, previo registro, pasará al Notario respectivo.

El recurrente no funda su cargo en que se ejercitara este derecho sin ser el caso, como podría suceder, por ejemplo, en el evento de haber Notario y no faltar este funcionario en el sitio y momento en que alguien apareciera testando en esa forma y en que por no haber tal falta, no se habría podido acudir a ese medio extraordinario y excepcional. El reclamo se formula en el pie de ser falso y apócrifo lo que aparece como testamento de Luis Restrepo o Rueda, porque, según el recurrente, no hubo en realidad las declaraciones que figuran como hechas por él y porque, si acaso las hizo, ello no fue de palabra de

manera que los testigos se las oyesen, sino tan sólo por miradas que ellos interpretaron como aceptación de lo escrito por otra persona bajo el dictado de un tercero, a que se agrega que ese escrito no lleva la firma del supuesto testador sino de persona que se dice rogada por él, sin que este ruego fuera oído por los declarantes. Opinando así el recurrente demandante, acusa de violación de dichos artículos 1071 y 1077 por indebidamente aplicados e interpretación errónea, así como de los artículos 1081 y 1118 del C. C. y el 11 de la Ley 95 de 1890.

Múltiples disposiciones legales dan a la firma a ruego el mismo valor que a la firma propia, sin que, por lo mismo la falta material de ésta pueda reputarse falta efectiva de la firma, en cuanto esté aquélla supliéndola o reemplazándola. En el caso concreto en cuestión, se tiene que el artículo 1075 de aquel Código autoriza expresamente la falta de la firma personal del testador previniendo en su inciso 2º: "Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa". Estos requisitos se llenaron en el presente caso, pues el testador dice: "Yo ruego al señor Samuel Parra para que firme por mí, pues estoy imposibilitado y me siento agonizar". Así terminan sus declaraciones. En seguida vienen las firmas, así: "Rogado por el señor Luis Restrepo, Samuel Parra H.—Testigo, Segundo Alférez.—Testigo, Pedro Antonio Rodríguez. — Testigo, José Pérez.—Rogado por el testigo presencial Luis Navarro, firmo yo Segundo Alférez.—Testigo, Carlos Julio Correa".

El recurrente hace hincapié en que los testigos no oyeron el ruego de Restrepo a Parra para que firmase por él. En esto parece pretender que al detalle del ruego, que se rige por sus sencillas peculiaridades de hecho y ocasión, se apliquen las reglas sobre algo tan diferente como es el testamento mismo, que es para lo que la ley exige que los testigos vean, oigan y entiendan al testador en forma de presenciar ese acto, que debe ser continuo.

No sobra añadir que la firma del testigo Alférez repetida como rogado por Navarro, está autorizada por el inciso final del citado artículo 1075.

El citado artículo 1118, de cuyo quebranto se acusa, es de este tenor: "No vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o nó, o por una señal de afirmación o negación contestando a una pregunta".

El recurrente dice que el Tribunal violó esta disposición, apreciando erróneamente las declaraciones de los testigos, porque se niega a declarar la nulidad a pesar de que éstos afirman que Restrepo o Rueda no podía hablar y simplemente parecía aprobar con la mirada y solicitarles sólo con la mirada también que sirviesen de testigos, en el momento de leérsele lo que, dictado por Parra, había escrito Marco Vácares, llamado como médico, al decir de algunos de ellos.

Es un hecho que Restrepo o Rueda no escribió el testamento. Así lo establecen las declaraciones de los testigos, quienes concuerdan en que quien lo escribió fue Vácares, a quien le dictaba Parra. Pero este dictado no fue de lo que a Parra se le ocurriera, ni de las declaraciones de los testigos aparece o se deduce tampoco que Parra fuera manifestando una voluntad atribuída por él a Restrepo, porque lo que hizo fue transmitirle a Vácares para que quedase escrita la voluntad que a Parra expresaba el testador. El artículo 1074 del C. C. dice que el testamento abierto podrá haberse escrito previamente. En el presente caso, una vez escrito se leyó en alta voz estando el testador en presencia de los testigos. Es refiriéndose a este acto y momento como los testigos dicen que el testador los miraba en forma que ellos entendieron suplicatoria de que firmasen como tales.

Uno de ellos (Alférez) dice: "fue hecho el testamento por el señor Marco Vácares y dictado por el señor Samuel Parra, porque Clemente Fuentes y el señor Samuel Parra estaban cada uno a cada lado de la hamaca donde estaba el paciente y ellos estaban preguntando a ver qué más, porque como ya el paciente no hablaba, tenían que poner el oído cerquita...." Y otro de ellos (Navarro) dice que Restrepo ya estaba imposibilitado para hablar.

Estas son, entre las declaraciones de los cinco testigos, las que expresamente afirman que Restrepo no hablaba. Sin duda es de ahí de donde el recurrente deduce el quebranto del artículo 1118 y también del 1072. Pero bien se ve que si los que indagaban la voluntad del testador le formulaban las preguntas conducentes y si lo de no hablar ya él producía como efecto el tener que acercársele más, es evidente que ese concepto de no hablar ya él es la expresión exagerada de que de ordinario se valen las gentes

para significar que una voz está atenuada o apagándose. De otro modo eso de "poner el oído cerquita" no tendría sentido ni razón de ser. Por el contrario, las preguntas sucesivas de Parra y Fuentes al testador para saber qué más quería decir y el acercársele para poder captarle sus respuestas, que eran en verdad sus disposiciones, son hechos demostrativos de que lo escrito por Vácares fue efectivamente la voluntad de Rueda o Restrepo.

Esa situación física de él demuestra que no era la persona a que se refiere el artículo 1081 del C. C. en su inciso 1º. A más de que esta disposición no puede entenderse en forma de que se exija de Rueda, moribundo, todo lo rígidamente establecido para un testamento solemne cerrado. No se quiere significar con esto que el testador no haya de manifestar su voluntad de manera inequívoca e incuestionable para que la autoridad le dé su respaldo en la mira de llevarla a su cumplida ejecución, sino que no es el caso de dar por restringida a Restrepo su facultad de testar confinándola al artículo 1081, a tiempo que teniendo la de hacerlo conforme al artículo 1071, lo procedente, ya que acudió a éste, es averiguar lo procedente a lo realmente acaecido, esto es, si era o no el caso de esta disposición, y ya se vio que sí, y si se llenaron o no las exigencias respectivas.

Respecto de esto último, ya se ha visto que el cargo relativo a la falta de la firma del testador no se justifica y tampoco el de quebranto de los artículos 1071 y 1081, así como tampoco el relativo al artículo 1118.

Debe observarse que todos los cargos referidos hasta aquí en relación con la nulidad del testamento arrancan del de error en la apreciación de las declaraciones de los testigos instrumentales, y que no hallándose tal error, con esta circunstancia bastaría para que aquellos cargos de infracción de leyes sustantivas no prosperaran. Nótese que ese error de apreciación de pruebas es, dentro de las alegaciones del recurrente, de hecho y que éste debe aparecer de modo manifiesto en los autos, según el artículo 520 del C. J., para que de él, en su caso, se derive aquel motivo de casación.

Si, pues, no hay un error de esa clase o magnitud en la apreciación que el Tribunal hizo de una prueba dada, con esto es suficiente para que el quebranto de ley sustantiva que, en su caso, deriva de tal error el recurrente, no pueda admitirse.

Se reclama también por el recurrente contra la admisión de todos los testigos, a pesar de la inhabilidad de Navarro por ser extranjero, con lo que se reputa infringido el artículo 1068 del C. C., cuyo ordinal 10 lo coloca en el elenco de las personas que, según el encabezamiento de esa disposición, "no podrán ser testigos en un testamento solemne".

El reclamo no se justifica, porque ese numeral dice: "los extranjeros no domiciliados en el territorio", y si Navarro declara ser venezolano, agrega llevar largo tiempo de establecido en Colombia. Las disposiciones del Decreto Legislativo número 1697 de 1936 que el recurrente cita como quebrantadas, no pueden entenderse de modo distinto a como su finalidad y redacción obliga, esto es, como aceptación de los hechos en ellas enumerados en calidad de prueba del ánimo de permanencia del extranjero en el país, y no como exclusión de otros medios probatorios ni menos como prohibición de reputar domiciliado aquí a quien no demuestre todos esos hechos o, más aún, a quien no lleve consigo los comprobantes de ellos.

Dícese esto, porque, aunque no cupiese el concepto de domicilio en favor de Navarro, su inhabilidad no invalidaría el testamento, dadas las circunstancias de que el recurrente la deriva, porque el Artículo 1069 del C. C. dice: "Si alguna de las causas de inhabilidad, expresadas en el artículo precedente, no se maifestare en el aspecto o comportación de un testigo, y se ignorase generalmente en el lugar donde el testamento se otorga fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo. Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos".

La Sala ha seguido en el estudio precedente las alegaciones del recurrente una a una, porque en esa forma quedaba más claramente cumplido por ella su deber de sentenciador. Pero debe advertir que, si dentro de ese propósito aparece aceptando que estudia las pruebas y disposiciones legales aplicables en el tono y forma correspondientes al recurso de casación, ello no es así en realidad, por la poderosa razón de que el Tribunal ni siquiera se situó en la posibilidad de errar en la apreciación de esas pruebas y de infringir esas disposiciones, habiéndose abstenido

de considerar la acción de nulidad. En otras palabras: como el Tribunal no la estudió, no es lógico culparlo de ese error y violación en que no podría haber incurrido sino dentro de tal estudio. Pero, una vez acogido el cargo sobre tal abstención y obligada consecuencialmente la Corte a estudiar la nulidad, ha procedido a esto como tenía que hacerlo, esto es, analizando el haz probatorio ante las disposiciones legales pertinentes.

Frecuente es, y hasta inevitable en ocasiones, que la Corte, al mismo tiempo que atiende a la casación en sí, vaya adelantado la motivación de la sentencia de instancia que, conforme al artículo 538 del Código Judicial, ha de pronunciar cuando aquel recurso prospera.

Resumiendo lo relativo a nulidad del testamento y, con ella, la de la providencia judicial que lo declaró nuncupativo y de la actuación ulterior basada en ella, nulidades éstas que se demandaron como derivadas lógicamente de la del testamento, se tiene: no arroja el proceso elementos suficientes para reputar a éste apócrifo o falso, que es de donde la demanda deriva su nulidad; y, por el contrario, sí los hay para reconocer que lo que quedó escrito como ya se dijo contiene la voluntad efectiva y deliberada de Luis Rueda Restrepo. Así lo persuade la forma como se pudo proceder al acto testamentario venciendo las graves dificultades que la ocasión y, sobre todo, el sitio oponían a que se lograra llenar lo que exige el artículo 1071 del C. C. Ya para ese acto la voz del testador era tan débil que para oírlo tenían los testigos que acercársele; pero, cual si hubiese presentido ésto y propuéstose una corroboración de la voluntad que iba a solemnizar, cuando aun su voz no se había debilitado hizo las declaraciones que aquí ya se trajeron a cuento, a más de que su orden de buscar testigos inequívocamente pregona su deseo de testar.

* * *

Otro cargo, y este como cardinal, que el recurrente hace en casación al fallo de segunda instancia está en no haber declarado la nulidad del testamento, en cuanto, según él, es absoluta y aparece de manifiesto en ese acto y en las diligencias de su publicación contenidas en la escritura respectiva, que es la otorgada en la Notaría de Támara con el número 46, el 26 de octubre de 1938. El cargo es de error de derecho en la apreciación de este instrumento y de las declaraciones de los testigos del testamento y en la violación consecuencial del artículo 2º de la ley 50 de 1936 que obliga al juez a declarar aun sin petición de parte una nulidad de aquella clase.

Repítese que, no habiendo el Tribunal entrado en el estudio de la nulidad, no es lógico acusarlo en esa forma, o sea, como motivo de casación por error en una apreciación de pruebas que no ha tenido, por ende, ni ocasión de apreciar; ni, por tanto, por la infracción consecuencial de ley sustantiva.

Aunque ésta reflexión bastaría, no sobra agregar que lo dicho aquí sobre las declaraciones de los testigos instrumentales del testamento y sobre el modo de preparar este acto y realizarlo, hace ver que, aun en el evento de haber habido nulidad, ella no sería en manera alguna de la clase o categoría que el recurrente sostiene, pues en manera alguna podría decirse de ella que aparece de manifiesto en el mismo acto testamentario.

Otro cargo del mismo recurrente es el de contradicción, porque estima que en ella incurrió el Tribunal al abstenerse, por una parte, de estudiar la nulidad y al declarar, sin embargo, por otra, que los Maldonados son legitimarios "al tenor del referido testamento", frase esta en que el recurrente halla una afirmación implícita de validez, reñida con la mencionada abstención. De aquí deriva acusación por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Se observa ante todo que, aunque se aceptara el concepto de contradicción, este motivo de casación no sería procedente, por la razón decisiva de que la nulidad fue demandada y debatida a todo lo largo del proceso.

Además, ya se vio también que, así fuese reputando equivocadamente a Fuentes como legatario, el Tribunal se abstuvo de considerar la nulidad. Así las cosas, si por una parte dentro de ese concepto y proceder quedaba pendiente la controversia sobre ese problema, por otra parte el juzgador tenía que sentirse ante un acto no invalidado y razonar del modo que a esto corresponde.

* * *

El demandado como recurrente insiste en que se conserven en el fallo las declaraciones que obtuvo en el juzgado sobre su contrademanda y acusa de quebranto del artículo 1387 del C. C.

Efectivamente esta disposición ordena decidir por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión antes de que se proceda a la partición de los bienes.

Como aquí ha habido controversia sobre los derechos de los hijos y de la madre, sobre si concurren o se excluyen y sobre, caso de concurrencia, cuál es la proporción, es de todo punto evidente la procedencia de la súplica de la demanda de reconvención a esos respectos. Esto significa que el cargo está justificado. El Tribunal declaró improcedentes todas las súplicas de la contrademanda, poniendo de presente para ésa que la partición es parte de la causa mortuoria; pero esta reflexión es inaceptable con sólo considerar la diferencia entre el conflicto sobre derechos en la sucesión, vistos en sí mismos que es como se les contempla en el presente pleito, y la adjudicación de bienes con que el partidor en su día haya de cubrir lo que a cada heredero corresponda.

Aceptado el cargo, debe estudiarse en instancia ese problema.

La Ley 45 de 1936 asigna la herencia por cabezas a los ascendientes y a los hijos naturales, a falta de descendientes y ascendientes legítimos y de cónyuge, y establece que en la sucesión de quien fue hijo natural se entenderá dichos padres naturales en el renglón que en la de quien fue hijo legítimo corresponde a los ascendientes legítimos. Así pues, si la sucesión de que se trata fuera intestada, toda la herencia se dividiría en tres iguales, una para la madre natural y una para cada uno de los dos hijos. Pero como es testada, preciso es atender el testamento y al propio tiempo las disposiciones sobre asignaciones forzosas, ya que él llama a los hijos solamente y ya que, de otro lado, la madre es legitimaria.

El testador, al llamar a la totalidad de su herencia a sus dos hijos, no sólo les asignó la cuarta cuya disposición le era del todo libre, sino también la de mejoras. Dicha ley 45 en su artículo 23 dá entrada a esta cuarta a los hijos naturales y a su descendencia legítima, reformando así el artículo 1242 del Código, en cuanto la señalaba tan sólo para los descendientes legítimos del causante. Hoy uno o más de éstos o de aquéllos (hijos naturales o descéndientes legítimos de éstos) están titulados para llevar la cuarta de mejoras, la que, como sobra decirlo, no ha sido ni es para ascendientes.

Por tanto, la antedicha distribución por cabezas no puede versar aquí sino sobre la mitad legitimaria. Fue pues, acertadamente como el fallo de primera instancia señaló para la madre su legítima rigurosa.

Si el haber líquido se considera dividido en veinticuatro unidades o partes iguales, diez de ellas corresponden a cada uno de los menores Maldonados y cuatro a Petronila Rueda; de modo que, perteneciendo hoy al cesionario Vivas Acosta tres cuartas partes de este último haber o cuota, a él le tocan tres veinticuatroavos, o sea, una octava parte del acervo líquido. Así queda precisado en cifras lo antedicho sobre participación de los interesados en el haber de la sucesión.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, y reformando la del Juzgado del Circuito de Villavicencio de catorce de abril de mil novecientos cuarenta y tres, falla este pleito así:

1º El testamento otorgado por Luis Rueda o Restrepo en el sitio de El Pretexto, jurisdicción del Municipio de Nunchía, el 20 de agosto de (1938) mil novecientos treinta y ocho, declarado testamento nuncupativo por el Juzgado del Circuito de Támara en providencia de veinte de octubre de ese año, es válido y, por tanto, no hay lugar a declarar la nulidad de ese acto ni de esa providencia ni de la actuación basada en ella.

2º A Petronila Rueda, madre natural de dicho Rueda o Restrepo, corresponde como heredera de éste una legítima rigurosa, o sean, cuatro veinticuatroavas partes del total acervo líquido; y de estas cuatro unidades corresponden tres, o sea, una octava parte de ese acervo, al cesionario Arturo Vivas Acosta.

3º El resto del mismo acervo corresponde a Luis María y Alfredo Maldonado, por igual entre sí, o sea por mitad, como herederos testamentarios e hijos naturales del causante.

4º No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas en demanda y contrademanda, de

cuyos cargos se absuelve, por ende, a la respectiva contraparte.

5º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL

La Corte, en numerosas sentencias, pero sobre todo en la de 12 de mayo de 1939, ha sentado la doctrina de que la responsabilidad por culpa extracontractual, a la que se refiere el Título 34 del libro 4º del Código Civil, puede dividirse en tres grupos: el primero constituído por los artículos 2341 a 2345, que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal y que se denomina responsabilidad directa; el segundo, formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, que regulan la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra; y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354 y 2355 que se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas. El primer grupo enfoca la responsabilidad directa y los dos últimos la indirecta.

También ha establecido invariablemente la Corte que la responsabilidad directa, que corresponde a una persona natural o jurídica por el hecho dañoso que ejecuta y que le es imputable civilmente, comprende: a) el individuo que personalmente ejecuta el hecho; b) a las entidades de derecho público o privado que obran o actúan por medio de sus agentes, porque las faltas y errores de éstos comprometen a la entidad a cuyo nombre obran, ya que la Nación, el Departamento y el Municipio, como personas de derecho público o las compañías o corporaciones de derecho privado, son entes morales que no pueden actuar sino por medio de personas naturales y los actos, hechos u omisiones de éstas son actos, hechos u omisiones directos de aquellas entidades.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes:

El 5 de octubre de 1936 murió electrocutada Concepción Orjuela en la población de Villavicencio. Su cadáver se encontró esa misma noche oprimiendo con las manos "una cuerda de alambre que contiene varias piezas de ropa, la cual una vez establecido que por contacto de la energía eléctrica se hallaba con fuerte corriente, se procedió por el agente Leopoldo Acosta a cortarla, empleando como medio de aislamiento una tabla de madera y un bolillo de caucho" (diligencia de levantamiento del cadáver, autopsia y partida de defunción).

Tal cuerda rozaba el techo de zinc de la casa de Jesús Aguilera, a cuyo servicio doméstico se encontraba Concepción, y los cables de la Empresa de Energía Eléctrica de Villavicencio hacian contacto en dicho tejado, pues estaban flojos según unos testigos, y deteriorados por la acción atmosférica, al punto de perder su envoltura aislante, según otros.

El Pleito

En libelo repartido al Juzgado 2º Civil de este Circuito los cónyuges Dimas Orjuela y Anita Pardo demandaron por la vía ordinaria a Jorge Ricardo Vejarano, suplicando estas declaraciones:

1º—Que como propietario, poseedor y explotador de la Empresa de Energía Eléctrica de Villavicencio, es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que les causó la muerte de su hija Concepción.

2º—Que se le condene a pagarles tales perjuicios, conforme a la apreciación que se haga oportunamente, y

3º—A las costas del pleito, en caso de oposición.

Propuso el demandado las excepciones perentorias de prescripción y de ilegitimidad de la personería sustantiva de los actores. Tramitada la controversia, la decidió el juzgado del conocimiento por medio de sentencia fechada el 27 de noviembre de 1942, por virtud de la cual declaró no probadas las excepciones propuestas; recono-

ció la responsabilidad civil del demandado y lo condenó al pago de la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00), por concepto de reparación del daño moral y a los perjuicios materiales que se fijen al ejecutar el fallo. También lo condenó al pago de las costas del juicio.

La Sentencia Acusada

Apelada dicha providencia por ambas partes litigantes correspondió decidir el recurso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que en sentencia de 1º de febrero de 1944 confirmó en lo esencial la de primera instancia, reformándola únicamente en el sentido de condenar al demandado Vejarano a pagar a los actores la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.000.00), por concepto de reparación del daño moral, y a la cantidad que resulte, por concepto de perjuicios materiales, después de tramitar el incidente de que trata el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta los datos indicados en la parte motiva del mencionado fallo.

Confirma la sentencia del Tribunal la tesis del juez de grado de que aparece suficientemente evidenciada la responsabilidad civil del demandado, aplicando la teoría de la responsabilidad ocasional, por cuanto resulta demostrado de autos que fue necesario que la corriente eléctrica se hubiera trasmitido del cable eléctrico de la calle al tejado metálico de la casa y de éste a la cuerda extendida para colgar la ropa, y que al ser tocada dicha cuerda por la Orjuela recibiera la descarga eléctrica que le produjo la muerte. Y es evidente, para el Tribunal, que si se hubiera mantenido la red eléctrica en buen estado no hubiera ocurrido el accidente. Constituye la culpa del demandado el mal estado de la red, ora consista en la ausencia de aislantes de los cables conductores, debido a su deterioro por la acción del tiempo; ya en que estuvieran flojas esas redes y por eso rozaron con el techo metálico de la casa. Porque siendo la culpa el error de conducta con que obró el autor del daño, es evidente que el dueño de la empresa no puso el cuidado y diligencia debidos para templar las redes de alta tensión y evitar así el roce con el tejado metálico, conductor de la corriente.

Niega la excepción de prescripción propuesta por la consideración de que la responsabilidad imputable al demandado es directa, porque es él el obligado a reparar los cables de la empresa de su propiedad y a mantener la red en forma que no ofrezca ningún peligro para el público. Tal obligación no pesa, —dice el Tribunal—, sobre los empleados de Vejarano, sino sobre él mismo, directamente. Y siendo la responsabilidad directa, la prescripción no es de corto tiempo, ni se rige por el artículo 2.358 del C. C., sino por las normas generales. Agrega el Tribunal que tal doctrina ya la sentó esta Corte en su sentencia de 2 de diciembre de 1943 (G. J. Tomo LVI, página 318).

El Recurso de Casación

Se alza en casación el demandado y acusa la sentencia del Tribunal por dos motivos comprendidos en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Presenta dos cargos que pueden extractarse así:

Primero.—Violación directa del artículo 63 del C. C. y 1º de la ley 95 de 1890 y 702 del Código Judicial, por no haberlos aplicado al pleito.

Sostiene el recurrente que el accidente no fue culposo sino imprevisto, fortuito y repentino, porque no transcurrió un tiempo racional entre el acto de colgar las ropas y el momento en que las descolgara, corto espacio que no puede implicar descuido del demandado; porque el fallo acusado fundó la culpa en hechos que estimó culposos y sucedidos con anterioridad. porque el Ministerio de la Economía Nacional admitió el uso de alambres desnudos, lo que demuestra que no es un hecho culposo usarlos; porque el sentenciador incurrió en error de derecho al apreciar los testimonios de Svenson, Arango, Vargas y López, Turriago, Machado, Herrera y Torres.

Se considera:

Al practicarse la diligencia de autopsia del cadáver de la damnificada los peritos concluyeron: "que Concepción Orjuela murió a consecuencia de la asfixia y la inhibición del corazón, que obraron simultáneamente por la causa inmediata de una electrocutación industrial".

De la diligencia de levantamiento del cadáver se deduce que a la Orjuela se encontró esa misma noche oprimiendo con las manos "una cuerda de alambre que contiene varias piezas de ropa, la cual una vez establecido que por contacto de la energía eléctrica se hallaba con fuerte corriente, se procedió por el agente Leopoldo Acosta a cor-

tarla, empleando como medios de aislamiento una tabla de madera y un bolillo de caucho".

También se demostró que el cable conductor de electricidad rozaba el techo de la casa de Jesús Aguilera, a cuyo servicio doméstico se encontraba Concepción y que tales cables hacían contacto en dicho tejado metálico porque estaban flojos, según unos testigos y deteriorados por la acción atmosférica, según otros.

No hay error alguno de hecho manifiesto, ni menos error de derecho, en la apreciación y justipreciación que hizo el Tribunal de tales testimonios, porque lo que deponen precisamente Torres, Herrera, Svenson, Arango, etc., es que los cables conductores se encontraban en mal estado por la acción atmosférica; y lo que testifican Machado, Turriago y Aguilera es que la red estaba floja y por eso rozaba el techo metálico de la casa. Tal valorización guarda perfecta armonía con lo expuesto por los testigos y no se alcanza a vislumbrar la equivocación que se le imputa al fallador de segunda instancia. A esa prueba testifical se le dio el métrito que la ley le asigna.

Afirma el recurrente que el no haberse atendido a la envoltura de las líneas no es un hecho culposo porque, según el Ministerio de la Economía, no es necesario el empleo de cables aislados en las vías públicas. En primer término se observa que el Ministerio exige siempre una instalación que no ofrezca peligro para la colectividad. Al conceder el permiso a Vejarano se le exigió que empleara: "en todo caso sistemas técnicos que garanticen la seguridad del público..."; también se hizo constar: "que por estar elaborándose el Código de construcciones eléctricas, este Departamento en casos particulares ha autorizado el empleo de cables desnudos". De manera que tal autorización administrativa, habiéndose dado como viene visto con especificaciones y previsiones especiales, no le resta culpabilidad civil al demandado por el descuido en aislar las redes y en revisarlas convenientemente, a efecto de que no constituyeran un peligro para los habitantes de Villavicencio.

No es fundado este primer cargo y debe rechozarse.

..Segundo.—Violación de los artículos 2.347 y 2.358 del C. C., por haber hecho radicar la culpa en el mismo demandado Vejarano y no en los empleados u operarios de su dependencia.

Sostiene el recurrente que en caso de que en realidad existiera responsabilidad por el accidente, la culpa que se imputa al demandado no es directa sino la indirecta porque el descuido, suponiéndolo existente, no fue personal del demandado sino de sus dependientes encargados de la vigilancia de las líneas, porque para estos casos la empresa tenía y tiene empleados encargados de revisar los cables conductores de energía. Agrega el recurrente que la responsabilidad indirecta es la que corresponde a una persona natural por el hecho dañoso ocasionado por otra persona natural distinta bajo su dependencia, por los animales o por las cosas. Siendo la responsabilidad indirecta se ha debido declarar la prescripción corta de tres años oportunamente alegada por el demandado.

Se considera:

Ya esta Corte en numerosas sentencias, pero sobre todo en la de 12 de mayo de 1939, ha sentado la doctrina de que la responsabilidad por culpa extracontractual, a la que se refiere el Título 34 del Libro 4º del Código Civil puede dividirse en tres grupos: el primero constituído por los artículos 2.341 a 2.345, que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi-delictual del hecho personal y que se denomina responsabilidad directa; el segundo, formado por los artículos: 2.346, 2.347, 2.348, 2.349, y 2.352, que regulan la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y el tercero, que comprende los artículos: 2.350, 2.351, 2.353, 2.354 y 2.355 se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. El primer grupo enfoca la responsabilidad directa y los dos últimos la indirecta.

También viene establecido invariablemente por la Corte que la responsabilidad directa, que corresponde a una persona natural o jurídica por el hecho dañoso que ejecuta y que le es imputable civilmente, comprende: a) — al individuo que personalmente ejecuta el hecho; b) — a las entidades de derecho público o privado que obran o actúan por medio de sus agentes, porque las faltas y errores de éstos comprometen a la entidad a cuyo nombre obran, ya que la Nación, el Departamento y el Municipio, como personas de derecho público o las compañías o corporaciones de derecho privado, son entes morales que no

pueden actuar sino por medio de personas naturales y los actos, hechos u omisiones de éstas son actos, hechos u omisiones directos de aquellas entidades.

En este proceso la acción de perjuicios viene enderezada contra Vejarano, propietario, explotador y poseedor de la Empresa de Energía Eléctrica de Villavicencio, como responsable de culpa civil por negligencia o descuido en la vigilancia y oportuna reparación de las redes de alumbrado. De manera que lo que se suplica es el pago de perjuicios por responsabilidad directa, para conseguir de éste la reparación del daño originado por omisión en sus deberes como empresario de tal servicio público. En forma tál que no se está en presencia de una responsabilidad excepcional e indirecta, porque no proviene de un hecho personal culposo y descuidado o de un error de conducta realizado por alguno de los empleados o dependientes del patrono, sino del olvido, descuido y abadono del mismo empresario, responsable del cuidado y vigilancia de las líneas de alumbrado, para evitar perjuicios a los particulares habitantes de dicha población. Tal deber no radicaba en los obreros y subalternos sino directamente en el dueño del negocio, quien por esa causa debe tomar a su exclusivo cargo dicha responsabilidad por culpa.

Como en el caso de este pleito, ya viene visto, no se trata de la acción para la reparación del daño ejecutado por terceros responsables, sino que se está en presencia de una responsabilidad directa, no es aplicable el inciso 2º del artículo 2.358 del C. C., que señala el término excepcional de tres años para la prescripción de la acción, sino que rige la norma general consagrada por el artículo 2.536 ibídem, que establece un lapso prescriptivo de veinte años.

Resulta entonces que el cargo que se estudia no es fundado y que hicieron bien los falladores de ambas instancias al declarar no probada la excepción de prescripción de la acción propuesta por el demandado.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el primero de febrero de 1944.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

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

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS— PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA

1.—Las personerías sustantiva y adjetiva son de distinto origen y de muy diversas consecuencias jurídicas en el derecho procesal. La primera se vincula a cuestiones de fondo, al derecho mismo, y la simplemente adjetiva se refiere al fenómeno de la representación en juicio y es inductiva de invalidez de la actuación que puede dar lugar, dentro de la técnica del procedimiento, a una excepción dilatoria, a un incidente de nulidad o a la alegación de la causal sexta en el recurso de casación en su caso.

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

En casos como el de autos debe demostrarse la realidad del daño patrimonial que genera en su autor la obligación de repararlo compensatoriamente. En tal caso, no siendo el derecho de dominio el objetivo primordial ni principal de la controversia judicial, no hay razón para exigir la perfección en la prueba de este derecho real como si se tratara de establecer el derecho oponible a todo el mundo. Para legitimar la personería del actor en frente del demandado responsable del hecho culposo determinante del daño material debe bastar la prueba sumaria de la propiedad. La razón jurídica de esta prueba es vincular procesalmente al responsable con la verdadera víctima del perjuicio, establecer la relación entre deudor y acreedor, para que la reparación del daño sea un pago legítimo y no quede expuesto el autor del daño a la posibilidad de un pago doble. Demostrada sumariamente por el actor la propiedad de las cosas que han sido dañadas, esto es, acreditada la verdad de un perjuicio patrimonial, y establecidas con prueba a cargo de él, según las reglas generales de derecho, las demás condiciones de existencia de la responsabilidad, la obligación de reparar el daño se impone. Satisfecha esta obligación probatoria del acreedor, si el autor del daño alega la inexistencia del derecho aducido por su demandado sobre las cosas, a él corresponde entonces la carga de la prueba.

3.—El valor probatorio que corresponde a la diligencia sumaria de que habla el artículo 732 del C. J., lo mismo que a los peritazgos rendidos en ella, por peritos no nombrados en la forma ordinaria, sin citación previa de nadie ni ulterior traslado, es el de una presunción más o menos grave cuyo valor demostrativo es variable según

el concepto del Juez ante quien se aduzca como siempre ocurre con la estimación de cualquier prueba indiciaria.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 24 de agosto de 1940, repartido al Juzgado 2º Civil del Circuito de Cúcuta, Roque Peñaranda, por medio de apoderado, demandó a la Compañía de Ferrocarril de Cúcuta, S. A., domiciliada en esa ciudad y representada por su Gerente, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario, se declare que la Compañía demandada es civilmente responsable de los daños causados al demandante en la hacienda de su propiedad, denominada La Esperanza, ubicada en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, corregimiento de El Salado, dividida en tres lotes que particularmente se alinderan, aledaños a la vía férrea que va a Puerto Santander, como consecuencia de los incendios ocurridos en los días 6 y 7 de julio de 1940 producidos por las chispas lanzadas por la locomotora que arrastraba trenes de propiedad de la Compañía, y que, por tanto, debe pagarle, a título de indemnización, la cantidad de $ 4.600, valor de 230 cuadras de pasto yaraguá totalmente arrasadas; $ 6.800 por el lucro cesante de estas praderas en 12 meses; $ 1.229.80, valor de 52 cuadras de cerca destruídas; $ 900 por lucro cesante de 182 cuadras de pasto guinea, y $ 250 valor de pastajes que el actor tuvo necesidad de contratar para el sostenimiento de 50 reses que tenía en la hacienda de La Esperanza.

El hecho culposo fuente de la responsabilidad civil extracontractual que se demanda se hace consistir en que la Compañía demandada, dueña y explotadora del ferrocarril que de Cúcuta conduce a Puerto Villamizar, incurrió en el descuido y falta de previsión de no mantener limpia la ronda o zona contigua a la carrilera para evitar que las chispas de las locomotoras causen incendios, y en usar, en épocas de fuerte verano, máquinas con combustible de leña sin los aparatos o dispositivos necesarios para evitar la salida de chispas incendiarias, en vez de emplear las locomotoras de petróleo que tiene. Fue así como en los días 6 y 7 de julio de 1940, chispas lanzadas por una locomotora incendiaron las vecindades de la carrilera, propagándose el fuego a los potreros de propiedad de Wilfrido Martínez y Lucas Lara y luego a la vecina finca de La Esperanza, de propiedad del demandante Peñaranda, por cuya causa sufrió los perjuicios patrimoniales que enumera en su demanda.

Trabada la litis con la oposición de la parte demandada, la que negó globalmente los hechos fundamentales de la acción, el Juzgado del Circuito profirió sentencia definitiva de primer grado el 20 de agosto de 1942, en la cual se "abstuvo" de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda y reconoció, en cambio, la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, por considerar que no se había acreditado la axistencia de la sociedad ni la representación de su gerente.

Sentencia acusada

La apelación interpuesta por el apoderado del actor elevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, donde se surtió la segunda instancia que finalizó con la sentencia del 7 de diciembre de 1943, que revocó la apelada y en su lugar condenó a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A. a pagarle al actor la suma de $ 3.755 como indemnización de los perjuicios causados por los referidos incendios, más las costas del juicio.

El Tribunal, para motivar su sentencia, recuerda la definición de la culpa y la reiterada doctrina de esta Sala sobre su presunción cuando se trata de actividades naturalmente peligrosas como son las originarias del daño cuya reparación se persigue en este caso, en que una locomotora alimentada con leña produce gran cantidad de chispas que lanza a distancia y que al hallar materia combustible en las descuidadas rondas de la vía causa incendios perjudiciales en las propiedades aledañas. Los tres elementos integrantes de la responsabilidad civil — culpa, daño y relación de causalidad entre éste y aquélla—, están, en concepto del sentenciador, sobradamente establecidos en el presente caso. El primero, a más de ser presumible, se demostró con prueba de testigos y pericial con las que se acreditó el uso por la empresa ferrocarrilera de locomotoras de combustión de leña con guardachispas inadecuados e insuficientes para evitar el escape de carbones escendidos. El perjuicio lo tiene por probado el Tribunal con la inspec-

ción ocular con intervención de testigos y peritos que se practicó, con audiencia de ambas partes, en el término probatorio del primer grado, y en la cual los expertos avaluaron el daño en la suma de $ 3.755 en dictamen uniforme, calificado como debidamente razonado y explicado. Sobre este particular del monto del perjuicio la sentencia rechaza el dictamen pericial contenido en la inspección ocular practicada antes del juicio, por ser prueba producida sin audiencia de la contraparte. Y respecto de la relación de causa de la culpa presunta con el daño sufrido la deduce la sentencia del testimonio de personas que presenciaron el paso del tren y la iniciación del incendio producido por las chispas arrojadas por la chimenea de la locomotora.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, resumida en su fundamentación principal, interpusieron ambas partes litigantes el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado. Se estudia en primer término la acusación de la parte demandada, que se dirige contra lo esencial del litigio, y que da oportunidad, por coincidir en el cargo, a considerar el único que formula el actor recurrente en relación con el justiprecio de la indemnización.

En el primero y en el sexto de los motivos legales de casación que enumera el artículo 520 del C. J. apoya el demandado su recurso. Por razón de orden lógico se comienza por el último cargo de la demanda por fundarse en la causal de nulidad de la actuación.

Causal sexta. Pretende el recurrente que el Tribunal incidió en la causal de nulidad por ilegitimidad de personería a que se refiere el numeral 2º del artículo 448 del C. J. porque Roque Peñaranda demandó como dueño exclusivo de los predios sobre los cuales dice haber recibido el daño que describe en su demanda y en el proceso se ha demostrado que el demandante no tiene esa calidad de propietario, circunstancia que determina la ilegitimidad de su personería para el ejercicio de la acción indemnizatoria que ha intentado.

Se considera:

El fundamento que se le da a la pretendida nulidad deja ver a la simple vista la carencia de razón con que se acusa la sentencia por la causal sexta. Se incurre en confusión de las dos clases de personería, la sustantiva y la adjetiva, de distinto origen y muy diversas consecuencias jurídicas en el derecho procesal. La primera se vincula a cuestiones de fondo, al derecho mismo, como sería el caso de autos, y la simplemente adjetiva dice relación con el fenómeno de la representación en juicio y es inductiva de invalidez de la actuación, que puede dar lugar, dentro de la técnica del procedimiento, a una excepción dilatoria, a un incidente de nulidad o a la alegación de la causal sexta en el recurso de casación, en su caso.

La carencia de derecho de actor que se aduce como apoyo de este cargo es completamente improcedente como motivo de la nulidad procedimental prevista en el numeral 2º del artículo 448 del C. J. Por tanto, se rechaza.

Causal primera. Por este motivo se acusa la sentencia de ser violadora de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida, interpretación errónea y como consecuencia de errores en la apreciación de algunas pruebas, y se formulan contra el fallo de segunda instancia los cargos que en seguida se enuncian y consideran separadamente.

a) Violación de los arts. 1760, 2341 y 2342 del C. C. y 635 del C. J. en que incurrió el Tribunal directamente y como efecto de los errores cometidos en la estimación de la escritura pública número 718 del 29 de octubre de 1927, aducida por el demandante como título de su dominio y del certificado de la Oficina de Registro sobre la suficiencia de la titulación presentada.

Se relaciona este cargo con el siguiente pasaje de la sentencia: "Se acreditó el dominio de los lotes de terreno enumerados en el libelo de demanda con las escrituras públicas números 497 de 2 de mayo de 1929; 78 del 3 de febrero de 1928, y 718 del 29 de octubre de 1927, correspondientes a los lotes 3º, 2º y 1º, respectivamente, y con el certificado del señor Registrador, sobre la suficiencia de los títulos".

Dice el recurrente en apoyo de su cargo que quien demande indemnización como damnificado en bienes de su propiedad, debe demostrar perfectamente su derecho de dominio sobre las cosas dañadas para poder accionar legítimamente, y en este caso Peñaranda no lo ha probado suficientemente porque de la escritura 718 lo que aparece es una comunidad del actor y Benito Duarte, de manera que el primero no puede de-

mandar por los perjuicios en la totalidad del predio; porque no concuerdan las alinderaciones expresadas en la demanda con las que rezan los títulos tenidos como prueba, de modo que no se sabe si el incendio ocurrió realmente en predios del actor; porque se aceptó, sin la aducción del instrumento correspondiente, sobre lo que dice el certificado del Registrador solamente, que la parte de Benito Duarte fue vendida a Roque Peñaranda. "Por consiguiente —dice la demanda— al estimar el Tribunal, como lo hizo, que se acreditó el dominio en cabeza del demandante, sin distinguir entre lo propio de éste exclusivamente y lo que no lo es sino en una cuota, incurrió en error de hecho, puesto que vio en el título en cuestión el dominio exclusivo en favor de Peñaranda, y en error de derecho, como quiera que aceptó como suficiente ese título para los fines de la demanda..."

Se considera el cargo.

Esta acción indemnizatoria por daños recaídos en cosas ha sido iniciada por Roque Peñaranda con fundamento en que es dueño del predio incendiado por culpa de la Compañía demandada, predio generalmente denominado "La Esperanza" e integrado por los tres lotes descritos y alinderados separadamente en el libelo. Esta ha sido la posición jurídica que en relación con las cosas dañadas alega el demandante para obtener el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales que ha sufrido, y para demostrarla en el juicio adujo en la forma y oportunidad legales los títulos escriturarios que cita y enumera la sentencia en el pasaje preinserto y en los cuales consta la adquisición que el actor hizo por compra de cada uno de los lotes cuya suma integra la finca de "La Esperanza", así: en la escritura número 497, otorgada el 2 de mayo de 1929 en la Notaría 1ª de San José de Cúcuta consta el contrato por medio del cual Pedro Moros L. vendió al demandante Peñaranda el predio cuya alinderación coincide exactamente con el delimitado bajo el número 3º de la demanda; en la número 78, de la Notaría 2ª de Cúcuta, de fecha 3 de febrero de 1928, se da testimonio de la compra que el actor hizo a Felipa Pabón de Sánchez de un lote cuya alinderación concuerda con el singularizado en el número 2º, y en la número 718, corrida el 29 de octubre de 1927 en la misma Notaría 2ª de San José de Cúcuta, se contiene el contrato en que David Conde dio en venta a Roque Peñaranda y Benito Duarte una posesión agrícola, con pastos y rastrojos en el punto denominado "La Esperanza", encerrada por linderos que con leves variaciones sobre la línea sur, son los mismos que delimitan en la demanda el llamado lote 1º. En demostración de la suficiencia de estos títulos se trajo a los autos el certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de San José de Cúcuta que da testimonio de que tales títulos "datan más del tiempo que señala el artículo 635 del Código Judicial, que es de diez años y los anteriores aparecen cancelados en armonía con el artículo 789 del C. C.", y advierte, en lo que se refiere a la compraventa contenida en la escritura número 718, "que la parte que correspondía al señor Benito Duarte en los predios descritos, la vendió al señor Roque Peñaranda por medio de la escritura pública número 409 otorgada ante el Notario 1º de este Circuito el 12 de agosto de 1931, registrada el 17 de dicho mes y año bajo partida...., quedando así el señor Roque Peñaranda dueño único de la finca".

Con esta base probatoria, en concepto de la Sala, se satisface suficientemente, en vista de la finalidad indemnizatoria perseguida en el juicio, la necesidad procesal de demostrar la posición jurídica en que el demandante se halla respecto de las cosas en que ha ocurrido el daño para dar fundamento de interés legítimo a su acción de responsabilidad civil, y su consideración y análisis no revelan en manera alguna que el sentenciador se equivocara al justipreciar su mérito demostrativo. No se ve, en efecto, el fundamento para afirmar, como lo hace el recurrente, que no hay identidad entre los lotes o predios en que según la demanda tuvo lugar el incendio y los alinderados en las escrituras aducidas como títulos de propiedad, porque, fuera de que el cargo se circunscribe al terreno adquirido por la escritura 718, no es exacto que exista divergencia en la descripción de los límites como ya se vio, y porque aunque no hubiera la coincidencia de las alinderaciones, este punto no ha sido materia de controversia entre las partes y antes bien el proceso da noticia y testimonio del acuerdo de los litigantes sobre el particular. Así aparece del acta de la diligencia de inspección ocular, practicada a pedimento del demandado por el Juez del Circuito con intervención y concurrencia de ambas partes y en la cual consta que se identificaron los lotes de la demanda con los en que ocurrió el incendio. En estas condiciones, a más de resultar

el cargo infundado, habría que desestimarlo como constitutivo de un medio nuevo en casación.

"Hace referencia el artículo 2342 del C. C. a casos de responsabilidad civil generada por delitos o culpas que causen daños en las cosas para determinar el sujeto activo de la acción, esto es, quién puede ejercitar el derecho a la reparación del perjuicio, sobre la base del interés personal como motivo legitimante de toda acción judicial, y para esto contempla el citado precepto las diversas maneras como puede vincularse el derecho a las cosas, en forma que pueda deducirse el alcance de la indemnización sobre la verdadera realidad del daño. Es claro que las condiciones de la reparación varían según es la situación jurídica de la víctima en relación con la cosa dañada. Si se acciona con base en el dominio absoluto el derecho indemnizatorio abarca ilimitadamente todas las lesiones que afectan la cosa, en tanto que si el demandante en la acción de responsabilidad es mero usufructuario, usuario, habitador o tenedor del bien a título precario, su interés y por tanto su acción estara limitado en la medida que haya sido perjudicado su derecho especial. Tratándose, por ejemplo, de daños en un fundo, si el actor vincula su demanda a su derecho de dominio exclusivo será procedente considerar los deterioros que afectan el inmueble mismo de manera permanente y que reducen su valor, en tanto que si hace provenir su acción del hecho de haber sido perjudicado en su derecho de disfrute como arrendatario, no habrá lugar a tener como elemento de la indemnización los deterioros relacionados con el valor mismo de la finca, porque en esa parte, de acuerdo con la teoría de los riesgos, el daño hiere el interés del propietario y es a él, por consiguiente, a quien corresponde la acción indemnizatoria. Pudiendo ser diversa en su alcance e intensidad la forma en que refluye en el patrimonio de quien se presenta como víctima del daño causado en una cosa, es lógico e indispensable que el demandante de la indemnización determine su posición jurídica respecto de la cosa dañada, indicando en su libelo la calidad con que pide y las demás condiciones de existencia de la responsabilidad civil que demanda. Esta determinación es en estos casos uno de los fundamentos de derecho que ha de expresar todo demandante y constituye uno de los presupuestos inmodificables para el desarrollo del litigio". (G. J. T. 54 bis p. 48).

Pero no hay que olvidar, para deducir el alcance y significado de esta obligación de probar la propiedad de las cosas dañadas, en casos como el de que se trata, que el fundamento esencial y el objeto de la acción es la demostración de la realidad del daño patrimonial que genera en su autor la obligación de repararlo compensatoriamente, y que no siendo el derecho de dominio el objetivo primordial ni principal de la controversia judicial, no hay razón para exigir la perfección en la prueba de este derecho real como si se tratara de establecer el derecho oponible a todo el mundo. Para legitimar la personería del actor al frente del demandado responsable del hecho culposo determinante del daño material y debe bastar la prueba sumaria de la propiedad, en la forma en que se ha producido en los autos y que establece claramente el disfrute de Peñaranda sobre "La Esperanza". La razón jurídica de esta prueba es vincular procesalmente al responsable con la verdadera víctima del perjuicio, establecer la relación entre deudor y acreedor, para que la reparación del daño sea un pago legítimo y no quede expuesto el autor del daño a la posibilidad de un pago doble. Demostrada sumariamente por el actor la propiedad de las cosas que han sido dañadas, esto es, acreditada la verdad de un perjuicio patrimonial, y establecidas con prueba a cargo de él, según las reglas generales de derecho, las demás condiciones de existencia de la responsabilidad, la obligación de reparar el daño se impone. Satisfecha esta obligación probatoria del acreedor, si el autor del daño alega, la inexistencia del derecho aducido por su demandante sobre las cosas, a él corresponde entonces la carga de la prueba. "La prueba de la inexistencia de derecho alguno sobre la cosa dañada, cuyo disfrute de hecho tenía el demandante, no bastaría a impedir la sentencia en favor de éste sino cuando el autor demostrara la existencia de un derecho sobre esa cosa misma en favor de un tercero y que le ponía en el riesgo de tener que pagar dos veces". (Planiol y Ripert. Derecho Civil, tomo 6 p. 898).

Por lo visto, carece de razón el cargo que se hace consistir en que Peñaranda no probó su derecho de propiedad sobre los tres lotes que componen la finca La Esperanza.

b) Violación indirecta de los artículos 1613, 1614 y 2356 del C. C. en que incurrió el Tribunal a consecuencia de los errores de hecho y de derecho cometidos en la estimación del mérito pro-

batorio de las dos inspecciones oculares con intervención de peritos, practicadas. la una antes del juicio, y la otra en el término correspondiente del primer grado.

En esta acusación es en la que coinciden parcialmente ambos recurrentes, naturalmente con pretensiones distintas.

Sostiene el demandante que el sentenciador incurrió en error de derecho al desestimar el avalúo pericial de los perjuicios hecho en la inspección ocular del 25 de julio de 1940, antes de la iniciación de este pleito, en la suma de $ 13.779.80, diligencia ésta que se ordenó ser tenida como prueba a petición oportuna de la parte actora, y rechazada por el Tribunal "porque no se practicó con audiencia de la contraparte ni dentro del curso del juicio", y en cambio se aceptó el justiprecio pericial hecho en la inspección realizada en la primera instancia en la suma de $ 3.755, dictamen éste "oscuro, contradictorio y mal fundado", que en el concepto equivocado del Tribunal "está debidamente razonado, y explicado y hace plena prueba".

El demandante-recurrente, por su lado, lo mismo que su contraparte, ataca la estimación del segundo peritaje por habérsele concedido mérito de prueba plena a pesar del visible defecto de ilegalidad con que se produjo, consistente en que el dictamen sobre el avalúo de los daños solamente está firmado por uno de los peritos principales y el tercero. "Incurre el fallo así fundado —dice la demanda de casación del demandado— en manifiesto error, porque ni de la inspección se desprende responsabilidad alguna imputable a la compañía demandada, ni el dictamen sobre avalúo dado por los peritos está de acuerdo con la ley sino en flagrante oposición a ella".

Considera la Sala.

La diligencia de inspección ocular dentro de la cual se practicó el avalúo pericial del daño que el demandante quiere hacer prevalecer sobre el peritaje de instancia acogido en la sentencia, se practicó extrajudicialmente de acuerdo con el artículo 732 del C. J. que autoriza a cualquier interesado para que pida fuera de juicio, a título de abonamiento probatorio, inspecciones oculares sobre hechos o cosas determinadas, sin citación de ninguna persona y con la sola intervención de quien la solicitó y de los peritos y testigos designados por el Juez libremente. El valor probatorio que legalmente corresponde a esta especie de diligencias sumarias, lo mismo que a los peritajes rendidos en ellas, por peritos no nombrados en la forma ordinaria, sin citación previa de nadie ni ulterior traslado, es la de una presunción más o menos grave cuyo valor demostrativo es variable según el concepto del Juez ante quien se aduzca como siempre ocurre con la estimación de cualquier prueba indiciaria. Habiéndose movido el Tribunal en la estimación del peritaje sobre avalúo del daño, dentro de la órbita señalada por las precitadas normas legales valorativas de esa prueba, en el caso especial de ocurrencia, no existe ningún fundamento ni razón para acusar la sentencia por error de derecho en su apreciación, mucho menos pretendiendo aislar el avalúo pericial de la inspección ocular dentro de la cual se realizó, pues en tal situación su demérito de la prueba especial de peritos sería completo como carente de todas las condiciones y requisitos que la ley exige para su producción adecuada. De la circunstancia procesal de haberse ordenado en auto ejecutoriado que la precitada diligencia fuera tenida como prueba, no puede deducirse, como erradamente lo afirma el actor-recurrente, que la inspección ocular extrajudicial adquiriera mérito de prueba completa, pues apenas hay que advertir que una cosa es la entrada o admisión de una prueba al debate judicial y otra el justiprecio de su mérito que se hace en la decisión final.

Por lo que hace al reparo formulado contra el avalúo pericial practicado como parte de la inspección ocular verificada dentro del juicio, cuya fuerza probatoria es apreciable conforme a las reglas especiales para la prueba de peritos, tampoco es admisible por las particulares circunstancias de este proceso, pues aunque es evidente la falta de firma de uno de los peritos principales en el dictamen escrito, tal omisión no le resta fuerza al peritaje porque no hay duda de que el avalúo fue hecho unánimemente con asistencia e intervención de los avaluadores nombrados en la forma legal. Aparece, en efecto, que a la diligencia de inspección practicada durante los días 4 y 5 de marzo de 1941, por el Juzgado 2º del Circuito de San José de Cúcuta, concurrieron junto con los apoderados de los litigantes los tres peritos, los dos designados por las partes y el tercero nombrado por aquéllos, y el dictamen sobre avalúo, si bien es cierto que carece de la firma de uno de los avaluadores como ya se dijo, aparece sin embargo que fue presentado personalmente por los tres, según nota de la Secretaría judicial. En estas condiciones, la irregularidad anotada queda

reducida a la mera falta de una firma que no menoscaba la autenticidad del concepto pericial. Por lo demás, así lo han entendido las partes, como se deduce del hecho de que habiéndosele corrido traslado legal de la diligencia no formularon ningún reparo al respecto, ni tal omisión nominal ha sido motivo de tacha contra el experticio a pesar de que a él han hecho alusión los litigantes en los alegatos de instancia, para atacarlo por otros aspectos y circunstancias pero sin mencionar el que ahora se propone como ataque en casación contra el valor de la prueba.

No pudiendo considerarse, por lo dicho, la precitada irregularidad como un defecto en la producción de la prueba, capaz de invalidar su mérito legal, no es posible en casación despreciar la estimación judicial que de ella trae la sentencia.

c) Violación del artículo 2341 del C. C. y 697, 698 y 702 del C. J. como consecuencia de haber apreciado con error la prueba testimonial en que fundó el Tribunal la demostración de la causalidad entre la culpa de la compañía ferrocarrilera y el daño cuya indemnización se demanda.

Se considera.

En capítulo que intitula "Relación de causalidad" estudia el Tribunal las diversas pruebas que demuestran que fue una locomotora perteneciente a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A. la que en las circunstancias ya descritas produjo el incendio que causó los daños en las propiedades del actor Peñaranda, y concluye después de transcribir las declaraciones correspondientes: "Delfín Ganjel y José Rincón Leal concuerdan, pues, en circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la causa que motivó el fuego en la finca de La Esperanza. Lo expuesto en estos testimonios armoniza con las demás pruebas viables en autos. Los peritos levantaron un croquis de la región, que corrobora también lo dicho por los declarantes".

Para impugnar esta conclusión probatoria de la sentencia, que refleja realmente las afirmaciones acordes de los declarantes sobre el hecho de haber visto que al paso del tren la máquina arrojó carbones encendidos que prendieron fuego en los potreros de Wilfrido Ramírez y luego a los del demandante, el recurrente se limita a hacer un examen analítico de las exposiciones en sí mismas en su intento de demostrar que ellas no son prueba fidedigna de la causa determinante del incendio. La forma como se plantea esta acusación final contra la sentencia, en terreno de crítica probatoria, sin demostrar error de hecho en su estimación, esto es, una evidencia manifiesta y contraria a la que en ellas fundó el Tribunal; ni error de derecho, o sea aplicación incorrecta de las normas legales que valoran el testimonio, no da base para modificar las conclusiones probatorias del fallo. La casación, como infinidad de veces se ha dicho, no está destinada a provocar una nueva estimación de las pruebas del proceso si no es a través de errores de hecho o de derecho en que haya incurrido al justipreciar su mérito el Tribunal sentenciador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 7 de diciembre de 1943, que ha sido materia de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

IMPUGNACION DE UNA LINEA DE DESLINDE

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Son antecedentes de este juicio ordinario de impugnación de un deslinde:

Por escritura pública número 446, otorgada en la Notaría 3ª de Medellín el primero de marzo de 1942, Ignacio Uribe Echeverri vendió a Lorenzo Sierra S. y Lorenzo Sierra O., la finca rural de Los Tibes, ubicada en el Distrito de Yolombó, en la banda izquierda del río Nus, por linderos que allí se expresan, entre los cuales, separándola de propiedad del mismo vendedor, figura la siguiente línea: "De un punto situado 730 metros abajo de la desembocadura de la quebrada El Totumo, sobre el río Nus en el paraje denominado Gritadero, línea recta al morro de Tibes..."

Como se presentaran algunas diferencias por razón del lindero entre la finca Los Tibes, comprada por los Sierras, y la de San José, de propiedad de Uribe Echeverri, resolvieron estos dueños colindantes aclarar y resolver amigablemente sus cuestiones limítrofes con intervención de ingenieros que actuarían a manera de árbitros o componedores, y al efecto procedieron a otorgar la escritura pública número 2432 el 22 de septiembre de 1926 en la Notaría primera de Medellín, en la cual estipularon: "**Tercera.** Alinde con la expresada finca (Los Tibes) tiene el compareciente Uribe E., la suya y han surgido dificultades y disputas entre los tres debido a la falta de identificación de dos de los puntos o sitios que se mencionan en los linderos, pero como están acordes en que no hay necesidad de la intervención judicial para fijar aquellos puntos, con la presente escritura se determina el modo de fijarlos. **Cuarta.** Esos lugares o sitios que han dado lugar a las dificultades son: a) el punto situado 730 metros abajo de la desembocadura de la quebrada El Totumo sobre el río Nus, en el paraje denominado El Gritadero, y b) el morro de Tibes, parajes mencionados en la alinderación de la finca, según se expresó en la cláusula segunda de este instrumento público. **Quinta.** Para determinar definitivamente dichos puntos, acuerdan los otorgantes nombrar dos ingenieros quienes harán la determinación en el menor tiempo posible a partir de la fecha de esta escritura. Esa determinación o señalamiento de linderos se extenderá en una acta y será intercalada en la escritura que por medio de ésta se comprometen a otorgar los comparecientes en un período de tiempo que no podrá pasar de diez días después de conocida la indicación de los técnicos. **Sexta.** La parte que rehusare cumplir lo pactado, en la cláusula quinta, pagará a la otra la cantidad de $ 500 oro, por vía de multa. **Séptima.** Los gastos de ingeniería serán de por mitad, como también los que se causen en el otorgamiento de esta escritura y el de la subsiguiente de que trata la cláusula quinta. **Octava.** Los ingenieros tendrán en cuenta para su trabajo la escritura de compraventa de la finca, otorgada por los comparecientes, y el plano de la misma; unirán los puntos que fijen por medio de una serie de mojones a distancia de cien metros por lo menos; y dirán qué parte de cerco corresponde hacer a cada uno de los otorgantes. **Novena.** Las partes se obligan a cercar sus predios inmediatamente que se determine la línea y designan para peritos a los siguientes señores: Juan de Dios Ceballos, por los otorgantes Sierra; y Leopoldo Villa, por parte de Uribe E., los cuales han sido nombrados de común acuerdo por las partes...."

Por no haber podido actuar el ingeniero Villa, fue reemplazado por las partes por el doctor Antonio Alvarez. Como éste y el perito Ceballos no se pusieran de acuerdo en la determinación del deslinde convinieron los interesados en lo siguiente, que se copia de la escritura pública número 1093 del 19 de abril de 1927, de la Notaría 1ª de Medellín: "**Tercera.** Los peritos Ceballos y Alvarez han hecho los estudios de su incumbencia y rendido sus respectivos informes o conceptos separadamente por motivo de no estar de acuerdo en el señalamiento de los puntos controvertidos, y consecuencialmente con la dirección que ha de seguir la línea divisoria de los predios en men-

ción. **Cuarto.** Por virtud de ese desacuerdo han convenido los otorgantes, obrando Uribe E. en su propio nombre y Lorenzo Sierra S. en el suyo propio y como apoderado de Lorenzo Sierra O., según la representación de que más adelante se hará mérito, en nombrar al señor Luis Johnson, de este vecindario, como perito tercero, para que previo estudio de los títulos, planos, conceptos de ambos peritos y del tercero, si lo creyere necesario, determine los puntos discutidos y trace la línea adhiriendo en su exposición a la línea divisoria que halle más científica y más de acuerdo con los hechos y los títulos, fijados por los peritos principales, cualquiera que ella sea. Por el hecho de adherirse el tercero a una de las líneas señaladas por aquéllos, se obtiene mayoría y es entendido que dicho dictamen mayoritario es obligatorio para las partes propietarias de los predios limítrofes y una vez decidida por el tercero, éste procederá de conformidad con lo establecido en la cláusula octava de la premencionada escritura en lo relativo a fijamiento de mojones y cercos..."

El ingeniero Johnson realizó el trabajo que se le encomendó dictaminando de acuerdo con el perito Ceballos y trazando sobre el terreno la línea divisoria de los predios, pero Uribe Echeverri se negó a aceptar esta decisión arbitral como aparece del acta levantada en el paraje del Gritadero, en jurisdicción de Yolombó el 14 de abril de 1928, en cuya parte pertinente se lee: "...Johnson mostró la línea trazada por él, en su carácter ya dicho de perito tercero, amojonada con estacones marcados. Dicha línea, expuso el perito Johnson, es la línea que él, según estudios hechos sobre el terreno, de los informes de los otros peritos y escrituras que le fueron proporcionadas por las partes, ha considerado como la línea divisoria entre las dos fincas de San José y Los Tibes, línea que está de acuerdo con el plano, informes y aclaraciones que en tiempo oportuno presentó a las partes. En este estado manifestó el señor Sierra O. que acepta la línea trazada, amojonada como línea divisoria de las dos fincas por el perito Johnson. El señor Uribe manifestó que no aceptaba la dicha línea divisoria, ni el amojonamiento hecho por el perito Johnson, por cuanto no se atuvo en su trabajo de medición y demarcación a lo convenido en las cláusulas de la escritura 2432..., pues está al alcance de cualquiera persona, que en realidad no hay una distancia de 730 metros de la desembocadura de la quebrada del Totumo, hacia abajo..."

En presencia de esta negativa de Uribe a aceptar el resultado del deslinde convencional, en la forma que había sido pactada, resolvieron los Sierras adoptar la vía judicial para obtener el deslinde de su predio, y al efecto, en demanda del 22 de agosto de 1928 iniciaron ante el Juzgado del Circuito de Yolombó juicio especial de deslinde y amojonamiento contra Uribe Echeverri. Adelantados los trámites y con vista de las pruebas aducidas, en diligencia verificada el 28 de noviembre de 1929 fijó el Juzgado, como línea divisoria entre los predios de los actores y el demandado, la "que partiendo 730 metros abajo del desemboque de la quebrada El Totumo, en el río Nus, medida que seguirá las sinuosidades del río, vaya, recta, en una longitud de dos mil cuatrocientos metros a terminar en la cordillera oriental de la quebrada de Los Tibes..."

Lorenzo Sierra O., dueño entonces de toda la hacienda de Los Tibes, impugnó el deslinde judicial y dentro de los términos legales, en demanda fechada el 28 de enero de 1936, pidió al Juzgado del Circuito de Yolombó que en sentencia definitiva de juicio ordinario se hicieran estas aclaraciones: 1ª Que la línea trazada en la diligencia de apeo del 28 de noviembre no es la verdadera línea divisoria entre los predios de los litigantes, y que el límite de estas heredades es la línea "que partiendo de un poco abajo de la desembocadura de la quebrada de El Totumo en el río Nus, del punto donde muere en la orilla de ese río la cuchilla de Gritadero, sigue por todo el filo de esa cuchilla de Gritadero, y va en línea recta al alto o morro de Tibes, que es el punto más visible de la cordillera occidental de la quebrada de Los Tibes, siguiendo la dirección del filo de dicha cuchilla, trazando de este alto o morro una línea recta, con la dirección sur, ochenta y siete grados, treinta minutos, este, que pasa por la cuchilla o filo superior de la cordillera oriental de la quebrada Los Tibes, en una extensión de mil cuarenta metros".

Al final de los trámites del grado y en consideración de las numerosas pruebas aportadas al juicio, entre las cuales obraron los dictámenes de los ingenieros Ceballos, Alvarez y Johnson, dictó sentencia el Juzgado del Circuito el 12 de junio de 1939, en la cual se decidió:

"**Primero.** Infírmase y declárase sin ningún valor la línea trazada por este despacho el 28 de

noviembre de 1929, y localizada en los días 12 a 14 de diciembre de 1935. **Segundo.** Declárase que la línea divisoria de los predios colindantes, conocidos en este juicio con los nombres de Los Tibes y San José, es la siguiente: partiendo de un punto abajo de la desembocadura de la quebrada El Totumo, en el río Nus, en el paraje Gritadero, vaya en forma recta al morro de Tibes, y de este alto o morro una línea recta con la dirección sur, ochenta y siete grados treinta minutos al Este, que pase por la cuchilla o filo superior en una extensión de dos mil cuarenta metros. **Tercero.** Se tendrá como alto de Tibes el que está situado en la cuchilla occidental de la quebrada Los Tibes, en **el viso** de la misma cuchilla occidental, como a unos 900 metros del río Nus, en la intersección de la cuchilla de Gritadero, por donde trepa el antiguo camino de la mina El Totumo, con la cuchilla occidental de la quebrada Los Tibes, donde se encuentra actualmente un hoyo artificial que tiene clavado a un lado un palo ya antiguo, con unas señales o marcas hechas con hierro. **Cuarto.** El punto de partida en el río Nus se determinará así: trazando una línea del alto de Tibes indicado en el numeral anterior, vaya en forma recta a interceptar el río Nus, pasando a quince m. del río, abajo de la desembocadura de la quebrada El Totumo. La línea se trazará con el rumbo magnético, las distancias y longitudes que da el plano del señor Balcázar. Todo de acuerdo con las exposiciones, medidas, amojonamiento y plano levantado por el ingeniero Luis G. Johnson. **Quinto.** No se hace especial condenación en costas".

Sentencia acusada

Apelada esta sentencia por la parte demandada, representada por los herederos de Ignacio Uribe Echeverri, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde al término procesal de la segunda instancia, fue decidido en sentencia del 30 de noviembre de 1943, en que se confirmó la apelada y se condenó en las costas del grado al apelante.

Por lo que hace a la fundamentación de los fallos de instancia, se observa que el Juzgado de Yolombó, para desechar el deslinde verificado en la diligencia de apeo y señalar el que describe en su sentencia ordinaria, tuvo en cuenta y en consideración analítica numerosas pruebas de diversa índole aportadas al debate por ambas partes para desentrañar de la leyenda que sobre límites contiene el título de la compraventa la verdadera línea divisoria de las dos heredades, determinando los dos puntos esenciales o básicos del deslinde, a saber: el del alto de Los Tibes y el de partida de los 730 metros abajo de la desembocadura de la quebrada de El Totumo en el río Nus. Fue el cabo y como conclusión del detallado estudio probatorio como el Juzgado del Circuito concluyó que "la línea señalada, determinada y amojonada por el competente ingeniero don Luis G. Johnson, es la que, en concepto de este Despacho, más se acerca a la realidad".

En concepto del Tribunal las conclusiones probatorias del fallo de primera instancia son completamente acertadas y jurídicas. Asienta en su sentencia que el estudio de este acervo de pruebas conduce a las mismas conclusiones a que llegó el Juez, **a quo** y refuerza su convicción con el mérito de la prueba de inspección con peritos que en auto para mejor proveer decretó con el objeto de determinar el alto de Los Tibes y dónde o de qué punto de la banda derecha del río Nus debe partir la línea que vaya al alto de Los Tibes. A este respecto los peritos que intervinieron en la diligencia ordenada por el Tribunal conceptuaron de acuerdo en lo siguiente, que aparece trascrito en la sentencia acusada: "...encontramos muy cuerda y muy racional la opinión del ingeniero Luis G. Johnson respecto a la línea de este lindero, y conceptuamos que esa opinión acertadamente basada en los planos originales de partición del ingeniero Vicente D. Balcázar es la que corresponde lealmente a la justa línea divisoria de los dos predios. Por lo expuesto la demarcación de este lindero debe hacerse por la línea del plano del ingeniero Balcázar que ya dejamos indicada". "Más tarde —añade la sentencia— al ampliar el dictamen agregaron que el lindero que indica ese plano había sido acertadamente adoptado por el ingeniero Johnson".

Fuera de estas reflexiones, que constituyen el verdadero fundamento de la decisión del segundo grado, consideró el Tribunal que no es indispensable, para sostener el deslinde que trae la sentencia del Juez del Circuito de Yolombó, el análisis pormenorizado de todos los elementos probatorios que demuestran la legalidad de ese alinderamiento, porque habiéndose determinado esta raya divisoria de acuerdo con lo convenido, en el dictamen acorde de los peritos ingenieros Ceballos y Johnson, según pruebas legalmente producidas en el juicio, este pleito perdió en realidad y desde entonces su razón de ser.

El recurso

Contra esta sentencia interpuso el apoderado de la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. se formulan contra la sentencia acusada los siguientes cargos por violación de ley sustantiva:

a) Infracción directa de los artículos 1602, 1605, 1610, 1612 y 1546 del C. C. y 343, 784 y 862 del C. J. "porque, si como lo dice la sentencia y es cierto, las partes pactaron una forma de definir la línea divisoria por medio de las escrituras números 2432 de 22 de septiembre de 1926 de la Notaría de Medellín, y 1093 de 19 de abril de 1927, de la 4ª, que adicionó aquélla, la mora o el incumplimiento de tal pacto por una de las partes habría dado lugar a obtener por medio de la acción correspondiente la efectividad de la pena pactada o cualquiera de las tres cosas que determina el artículo 1610, las que en último término se convierten en indemnización de perjuicios, pero en ningún caso, como es obvio, un deslinde judicial, como lo reconoce el mismo fallador al decir que el juicio de deslinde perdió su razón de ser desde que el perito Johnson dictaminó de acuerdo con el ingeniero Ceballos. Si es verdad que el pleito perdió su razón de ser en virtud del contrato y del dictamen pericial debió declararse la excepción perentoria y no entrar a fallarlo con base en dicho contrato y en su incumplimiento". "Violó indirectamente el artículo 1602 del C. C. puesto que siendo el contrato ley de las partes no puede el Tribunal darle un efecto que aquéllas no tuvieron en mira sino fue para evitarlo con el contrato, el del deslinde judicial o fijación de la línea divisoria por la justicia, siendo su intención declarada que lo fuera por peritos".

b) Violación de los artículos 900, 1618, 1537, 1538 y 1541 del C. C. como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación del pacto contenido en las escrituras precitadas, del acta del 14 de abril de 1928 y de la demanda de deslinde porque el ingeniero Johnson, en el desempeño de su encargo, estaba en el deber de tener en cuenta la escritura de compraventa de la finca de Los Tibes, y no la tuvo, y de adherir al dictamen de uno de los peritos principales, y no adhirió.

c) Violación de los artículos 665, 666, 669 y 900 del C. C. en que incurrió el Tribunal, aun en el supuesto de que el perito Johnson cumpliera su encargo adhiriendo efectivamente a uno de los dictámenes, porque según la motivación de la sentencia, "el Tribunal basa su fallo en que al cumplir Johnson su cometido las obligaciones contenidas en el contrato de que hablan las escrituras 2432 y 1093 quedaron en firme y se hicieron exigibles. Las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos son personales y dan lugar a obtener o la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios, y se tramitan judicialmente de manera distinta que la acción de deslinde que es una acción real".

Se consideran los cargos.

El recurrente, para formular la acusación contra el fallo del Tribunal, le da a la motivación de la sentencia recurrida un entendimiento que no corresponde al auténtico sentido de sus razones fundamentales y plantea equivocadamente la cuestión litigiosa, y el objeto de la litis como claramente se ve al recordar los hechos que antecedieron y originaron este juicio, ya pormenorizadamente expuestos al comienzo de esta decisión. Se vio, en efecto, que sólo después de que Ignacio Uribe Echeverri se negó a dar cumplimiento y aceptación a lo convenido con los Sierras según las escrituras públicas que obran en autos sobre la manera de fijar la línea de deslinde entre sus heredades, aceptando con antelación la que adoptaran mayoritariamente los peritos, cualquiera que ella fuese, recurrió a la vía judicial del juicio especial de deslinde y amojonamiento para realizar por este medio legalmente coactivo el derecho que el artículo 900 del C. C. da a todo dueño de una heredad para que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes. A este proceso se llevaron, como pruebas de especial significación y mérito para la determinación de los dos puntos básicos del deslinde entre los predios de San José y Los Tibes, las escrituras públicas contentivas de las estipulaciones sobre el criterio y forma de realizar el deslinde y la obligatoriedad del que se adoptara pericialmente, lo mismo que los dictámenes de los ingenieros elegidos por los interesados y las actas correspondientes.

Con la destinación de demostrar o establecer judicialmente cuál debe ser la línea divisoria se adujeron al juicio los precitados instrumentos y la decisión arbitral proferida en virtud del compromiso consignado en ellos, pero en manera alguna puede entenderse que el contrato recogido en esas escrituras se haya traído al proceso como

fuente jurídica de obligaciones y derecho y que este litigio verse, como equivocadamente lo afirma el recurrente, sobre los efectos obligatorios de tal convención y en busca del cumplimiento de las relaciones que ligan a las partes contratantes.

El efecto querido por las partes al celebrar el referido contrato, según inequívocamente se consignó en sus declaraciones, fue el de que la línea que fijaran los peritos árbitros, cualquiera que ella fuese, era obligatoria, como raya del deslinde, para los propietarios de los fundos colindantes.

Se constituyó en esta forma, por así decirlo, el modo probatorio del deslinde y se preestableció la fuerza obligatoria del dictamen pericial. Estas declaraciones, consignadas válidamente en instrumento público, tienen plenitud de efectos probatorios y obligatorios entre sus autores de acuerdo con la doctrina de los artículos 1759 y 1765 del C. C.

Descartado, según lo antedicho, que el objeto de este juicio sea el cumplimiento de las obligaciones personales originadas en el contrato que recogen las escrituras públicas números 2432 y 1093 de 22 de septiembre de 1926 y 19 de abril de 1927, respectivamente, muy claramente se ve la improcedencia con que se acusa la sentencia del Tribunal por infracción directa del artículo 1602 del C. C. que establece la fuerza obligatoria de los contratos legalmente celebrados; del 1605 que determina el contenido de la obligación de entregar; del 1610 que consagra y enumera los derechos del acreedor de una obligación de hacer; del 1612 que enseña que el incumplimiento de una obligación negativa se resuelve en indemnización de perjuicios; del 1546 que establece la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales; 1537, 1538 y 1541, disposiciones referentes a las obligaciones condicionales; y 665, 666, 669 contentivas de definiciones de derechos personales, reales y del llamado de propiedad.

No encuentra la Sala que el Tribunal haya incurrido en ninguna clase de error al hacer el justiprecio de las pruebas que tuvo en cuenta para señalar el deslinde por la línea descrita en su sentencia, pruebas éstas que son las mismas que fundamentan el fallo de la primera instancia, confirmado sin ninguna modificación por el de segunda. No sobra advertir, como ya se dejó dicho, que la prueba pericial decretada por el Tribunal en auto para mejor proveer se fundó a su vez en el concepto del perito ingeniero Johnson, acorde con el rendido por el perito Ceballos, de tal modo que resulta completamente descaminado el ataque que se dirige directamente contra el deslinde señalado por Johnson ya que éste no fue propiamente estimado como prueba en la sentencia sino a través del otro experticio que por no ser atacado en ninguna forma ha de conservar la totalidad del valor demostrativo que le otorgó el sentenciador.

No resultando, pues, fundadas las acusaciones formuladas contra la sentencia recurrida, exóticas en cuanto no se encaminan a obtener la variación de la línea divisoria fijada en ella, que es el objeto exclusivo del juicio ordinario de impugnación del deslinde, 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 Medellín el 30 de noviembre de 1943, 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.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio en ppdad.

ACCION DE DOMINIO.—DETERMINACION E IDENTIDAD DE LO REIVINDICADO

1.—En tratándose de reivindicación de bienes raíces, la acción la tiene el verdadero propietario de la finca que se trata de reivindicar.

La acción de dominio, según la propia definición que da la ley a esta acción, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que la cosa que se trata de reivindicar debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones ni a violaciones de derecho ajeno. El título en que apoye su derecho el reivindicador debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

En esta clase de juicios, como lo tiene establecido la Corte en constante jurisprudencia, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque "el carácter de dueño exigido por el artículo 946 del C. C. y la noción de propiedad, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas".

2.—No basta simplemente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título, sino que hay que poner en relación el título con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y, consiguientemente, la determinación e identidad del predio. Es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble presentar al juzgador, no sólo el instrumento escriturario, debidamente inscrito, que lo acredite como dueño, sino la prueba plena, inequívoca, acerca de la identidad del bien que reclama como propio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Civil del Circuito de Cartago, Matías Ramírez Pacheco, mayor de edad y de aquella vecindad, demandó el ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta, por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y en ejercicio de la acción reivindicatoria, a los señores Alfonso, Eucaris y Olga Jaramillo Bernal; Pedro y Jesús Iza; a la sociedad comercial "Vallejo Restrepo Hermanos" y al doctor Luis Jaramillo Montoya, todos mayores de edad y vecinos de Pereira, a excepción del último, que lo es de Manizales, para que por sentencia definitiva se declarara:

"a) Que soy dueño de todos y cada uno de los lotes de terreno individualizados en los ordinales a), b), c) y d), del hecho séptimo de la parte expositiva de la demanda, por corresponderme su dominio como parte integrante que son los ameritados lotes del globo de terreno cuyos linderos generales puntualicé en el hecho cuarto, en relación con el hecho tercero de la parte expositiva;

"b) Que, como consecuencia de la anterior declaratoria, los demandados señores Alfonso, Eucaris, y Olga Jaramillo Bernal; Pedro y Jesús Iza; la sociedad de Vallejo Restrepo Hnos., y el doctor Luis Jaramillo Montoya, están en la obligación de restituírme, tres días después de ejecutoriado el fallo, el lote de terreno que cada uno de los demandados posee u ocupa, de acuerdo con lo indicado en los ordinales a), b), c) y d), del hecho séptimo, donde aparece puntualizada la alinderación especial de cada lote;

"c) Que cada uno de los mismos demandados de que trata la declaración anterior, está en la obligación de restituírme el valor de los frutos naturales y civiles y no solamente los percibidos, sino los que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, estando la parcela que cada demandado ocupa, en mi poder;

y d) Que en la misma sentencia se determine quién debe a quién y cuánto para los efectos de las prestaciones mutuas a que hubiere lugar, de acuerdo con las probanzas que resulten del juicio".

Los demandados Alfonso, Eucaris y Olga Jaramillo Bernal, contestaron la demanda negando los hechos, con excepción del marcado con el número séptimo, con respecto al cual expresaron debía demostrarse por el actor; Pedro y Jesús Iza no dieron contestación y se limitaron a de-

nunciar el pleito a don Francisco Jaramillo Ochoa y José Jaramillo M., quienes oportunamente se apersonaron en juicio y contestaron la demanda negando los hechos y afirmando que eran poseedores del lote de terreno que reclama el actor; el demandado Luis Jaramillo Montoya procedió de igual manera: negó los hechos y se opuso, como los demás, a las declaraciones pedidas. La sociedad comercial Vallejo Restrepo Hermanos, denunció el pleito a Concepción Vélez M., como directamente obligada y en representación legal de Luis E. y Susana Vélez M. Esta señora se hizo parte y contestó negando los hechos y sosteniendo, al referirse al punto séptimo de la demanda, que el lote que allí se delimita, jamás había sido poseído por el actor Matías Ramírez.

Todos, en definitiva, se opusieron a las pretensiones del demandante y algunos propusieron las excepciones de cosa juzgada, prescripción ordinaria y extraordinaria.

Cumplida la tramitación referente a la primera instancia, el Juez del conocimiento falló el juicio con fecha tres de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, declarando probada la excepción de "petición de un modo indebido", por cuanto, a su juicio, el actor al demandar conjuntamente a las personas atrás nombradas, había acumulado erróneamente acciones que carecen de conexión jurídica.

La sentencia acusada

Del fallo proferido en la primera instancia, interpuso el demandante el recurso de alzada, y llegados los autos al Tribunal del Distrito Judicial de Buga, se pronunció fallo con fecha veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, revocando la sentencia del Juez, por considerar que era ajustada a derecho la acumulación de acciones de reivindicación contra los varios demandados, ya que tenía origen en un mismo título de propiedad alegado por el actor y, en su lugar, absolvió a los demandados por carencia de prueba.

El Tribunal hizo un estudio cuidadoso de los títulos exhibidos por el demandante y demás pruebas aducidas en el juicio, y llegó a la conclusión de que los lotes o propiedades reivindicadas por Matías Ramírez, no hacen parte o no están incluídos dentro de los linderos de su predio. Consideró que no habiéndose demostrado el dominio alegado, debía absolverse a los demandados. Que ni en la primera ni en la segunda instancia se habían logrado identificar en forma precisa y clara, los linderos norte y oriental del predio del actor, precisamente del lado en que están situados los lotes o zonas de terreno que se intenta reivindicar. No habiéndose demostrado, en definitiva, el dominio alegado, el Tribunal absolvió a los demandados.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal Superior interpuso en tiempo, el apoderado del demandante, el recurso de casación, fundándose en los artículos 520 y 531 del Código Judicial, por ser la sentencia, a su juicio, violatoria de la ley sustantiva, "por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley". El recurrente señaló como violados los artículos 946, 947, 949 y siguientes del Código Civil.

La Sala encuentra que el recurso de casación interpuesto carece de la técnica jurídica necesaria en tales casos. Adolece la demanda de falta de método y claridad al determinar las causales en que se apoya.

De las causales alegadas se deduce que el recurrente ataca la sentencia del Tribunal por mala apreciación de pruebas, pero era su deber, indicar cuáles fueron las mal apreciadas y en qué consistió el error por parte del juzgador. Con todo, la Sala con un criterio de amplitud, estudia el recurso, no sin dejar constancia de la deficiencia anotada.

Del escrito presentado ante la Corte por el demandante, se desprende, haciendo una síntesis, que se ataca el fallo del Tribunal Superior de Buga, por dos causales:

Primera. — Por violación de la ley sustantiva en la infracción directa de los artículos 946, 947, 949 y demás disposiciones sustantivas que sirven de respaldo legal al derecho impetrado por el demandante, el cual agrega, que habiendo el Juez de primera instancia declarado probada una excepción perentoria al fallar el litigio, el Tribunal, al revocar tal sentencia, no podía decidir en el fondo, sino que ha debido enviar el expediente al Juez **a quo**, a fin de que este funcionario dictara de nuevo el fallo. Textualmente dice el recurrente: "así ha ocurrido que, mientras el Juez se quedó en espera de la decisión sobre el incidente que le sirvió de fundamento a su fallo, habiendo sido desechado tal incidente, es decir,

juzgándose por el H. Tribunal como infundado el incidente y su "definición equivocada para el presente litigio", ha debido entonces fallarse en este sentido y ordenar que el Juez resolviera en su instancia sobre el fondo jurídico del juicio, a fin de que expuestas las razones del dicho fallo y recurrido, las partes hubieran tenido un amplio margen de segunda instancia para defender las razones o derechos, acopiando como es lógico todas las pruebas conducentes a radicar claramente su derecho..."

Es decir, a juicio del recurrente, el Tribunal carecía de jurisdicción al entrar a decidir sobre el fondo del negocio, pretermitiéndose la sentencia de primera instancia, causal expresada, aun cuando no lo dice el recurrente, en el inciso 6º del artículo 520 del Código Judicial, en relación con el artículo 448 de la misma obra.

Segunda.—La otra causal la aduce el recurrente por aplicación indebida e interpretación errónea de las mismas disposiciones citadas. "tanto en cuanto a la manera como se le dio aplicación para desatar el juicio, como por la apreciación de las pruebas".

Estudio de los cargos

Concretadas en esta forma las causales de casación presentadas, la Sala pasa a su estudio.

Cargo primero

Se procede por orden lógico a decidir, en primer término, sobre la causal consistente en haberse fallado el pleito en el fondo por el Tribunal, cuando ha debido limitarse esta corporación, según el recurrente, a revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, devolver el proceso al Juez, para que este funcionario profiriera el auto de fondo.

La causal así propuesta, carece de todo apoyo legal. El Tribunal no podía hacer otra cosa sino dictar sentencia. Si hubiera procedido conforme lo sostiene el recurrente, entonces sí hubiera dado motivo para que su sentencia fuera infirmada por la Corte, por que procediendo en tal forma, habría incurrido el Tribunal en la causal séptima de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial.

Sobre el particular ya se pronunció la Corte en sentencia citada en su alegato por el apoderado de los opositores, y que dice:

"Constituye motivo de casación, al tenor del numeral séptimo del artículo 520 del Código Judicial, el hecho de revocar un tribunal la sentencia de primer grado y en lugar de entrar a estudiar y a decidir las cuestiones propuestas por el actor y que constituyen el lazo de instancia, limitarse a ordenar la devolución del proceso al inferior para que éste pronuncie de nuevo y por segunda vez su decisión definitiva..." (Sentencia de 26 de noviembre de 1943. G. J. números 2001 a 2005, folio 309).

Se declara, pues, ineficaz este motivo de casación alegado.

Cargo segundo

La Sala considera:

La reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla. (Artículo 496 del C. C.). En tratándose de reivindicación de bienes raíces, la acción la tiene el verdadero propietario de la finca que se trata de reivindicar.

La acción de dominio, según la propia definición que da la ley a esta acción, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que la cosa que se trata de reivindicar, debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones ni a violaciones de derecho ajeno.

El título en que apoya su derecho el reivindicador, debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

En esta clase de juicios —como lo tiene establecido la Corte en constante jurisprudencia—se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque "el carácter de dueño exigido por el artículo 946 del C. C. y la noción de propiedad, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas". (Casación del 26 de febrero de 1936).

En el presente caso sostiene Matías Ramírez que es propietario del predio de "Bolsa del Cabuyal", por compra hecha a Santiago Caballero, por medio de la escritura pública número 249 de 15 de septiembre de 1909, de la notaría de Cartago, debidamente registrada, por los siguientes linderos: "por el norte, con la quebrada que llaman del Indio; por el oriente, con la ciénaga que deslinda el mismo terreno vendido con el de Bautista; por el sur, con la quebrada que se encuentra al salir de la loma de El Cabuyal; y por el poniente, con el camino real que va de Anserma Nuevo a Río Sucio." Es de advertir que en esta escritura, el vendedor Santiago Caballe-

ro hizo constar expresamente lo siguiente: "Que dentro del lote de terreno así delimitado, **hay seis derechos ajenos**, los cuales constan únicamente del área cultivada, los cuales no entran en esta venta".

El demandante pretende que dentro de los linderos que se acaban de mencionar, se encuentran comprendidos los predios que están poseídos por los demandados, inmuebles que delimita separadamente y que son el objeto del pleito. El litigio consiste, pues, en el derecho de dominio sobre aquellos predios, que dice el actor dimanarle de la escritura número 249, y como los demandados están en posesión de ellos, surge de ahí la acción reivindicatoria ejercida.

La inscripción hecha en la Oficina de Registro de la escritura número 249, otorgada a favor de Matías Ramírez, por medio de la cual adquirió el dominio del bien raíz denominado "La Bolsa del Cabuyal", determina a su favor la propiedad, pero de ahí no se puede deducir, con la simple lectura del referido instrumento público, que tal propiedad encierre o comprenda las fincas que poseen los demándados. Hay, pues, una cuestión de hecho por establecer.

"De la definición dada por el artículo 946 del Código Civil sobre la acción reivindicatoria, podemos deducir que son cuatro las condiciones requeridas para que tal acción prospere: 1º Derecho de dominio en el demandante; 2º Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; 3º Posesión material del demandado; y 4º Identificación de la cosa materia de la reivindicación". (G. J. número 1984, marzo de 1942, pág. 499, I y II).

No basta simplemente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título, sino que hay que poner en relación el título con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y, consiguientemente, la determinación e identidad del predio. Es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble, presentar ante el Juzgador, no sólo el instrumento escriturario, debidamente inscrito, que lo acredite como dueño, sino la prueba plena, inequívoca, acerca de la identidad del bien que reclama como propio. (Véase jurisprudencia de la Corte, tomo 53).

La determinación precisa del predio de "La Bolsa del Cabuyal", su identificación, la relación de los linderos señalados en la escritura pública número 249, por la cual adquirió su propiedad el actor, con la realidad geográfica y topográfica, fue lo que no pudo verificarse, establecerse, ni demostrarse en el juicio, a pesar de las diversas inspecciones oculares practicadas en las dos instancias, y no obstante los documentos traídos al debate.

Al pleito aportó el demandante elementos de prueba consistentes en los títulos de propiedad de sus antecesores en el dominio del bien que se intenta reivindicar, remontándose la documentación hasta el año de mil seiscientos noventa y cinco, en que se adjudicó el predio de "El Cabuyal" a Juan Llanos del Manzano. Además, como principal elemento probatorio a su favor, trajo la escritura número 249 de 18 de septiembre de 1909, otorgada en la ciudad de Cartago, debidamente inscrita, por la cual, Santiago Caballero vendió a Matías Ramírez una parte del mismo terreno de "El Cabuyal" individualizado como se expresó atrás. Pero no fue todo el terreno de "El Cabuyal" adquirido por Ramírez, porque el vendedor hizo constar expresamente en la escritura de venta "que dentro del lote de terreno así delimitado, hay seis derechos ajenos, los cuales constan únicamente del área cultivada, los cuales no entran en esta venta" (palabras textuales). Esta misma circunstancia la confiesa el propio demandado en el hecho quinto de su libelo de demanda.

Sostiene el demandante, que deducidos los seis lotes de terreno que se acaban de mencionar, por el indicado instrumento público número 249, adquirió una zona delimitada así: "Desde la desembocadura del río Cañaveral en el río Cauca, río Cañaveral aguas arriba, hasta encontrar con písamo y una mata de guadua que hay en la margen izquierda; de ahí hacia el sur, hasta una cepa de 'mate' que existe donde pasaba un callejón antiguo; de aquí a buscar la guardarraya del predio de Francisco Rojas; ésta arriba hasta donde termina dicha finca; de ahí a buscar una ceiba y de ésta, línea recta, a buscar el camino real; por este camino hacia el sur, hasta donde lo divide la quebrada del Cementerio; quebrada abajo hasta ponerse enfrente de un mojón que se encuentra clavado en un indial; de este mojón y siguiendo a flor de lomas hacia el oriente, hasta el mojón del guásimo; de éste a otro mojón que está clavado en la mejora de Pedro Pablo Herrera, hoy de 'Vallejo Restrepo Hnos.'; de

aquí a otro mojón que está en el zanjón del Indio y éste abajo hasta la desembocadura en el río Cauca, y éste aguas abajo hasta la desembocadura del río Cañaveral, punto de partida".

Ante el Tribnal Superior de Buga; el actor solicitó y obtuvo la práctica de una inspección ocular para identificar tales linderos. Al reconocer el señalado por el norte, el Tribunal encontró que la única quebrada que sale de las lomas entre la quebrada del Indio y el río Cañaveral, es la que desemboca frente a la casa de los demandados Alfonso, Eucaris y Olga Jaramillo Bernal. Al reconocer el límite oriental, que según la escritura pública número 249 citada, es la Ciénaga que deslinda el mismo terreno de "El Cabuyal" con el llamado "Bautista", no se hallaron tales ciénagas y, según informes de uno de los demandados, toda la parte plana hasta el borde de las lomas, eran ciénagas.

También logró constatar el Tribunal que la única quebrada que sale de las lomas de "El Cabuyal", es la denominada "El cementerio", "porque en ninguna de las inspecciones oculares verificadas se encontró otra diferente, partiendo del punto sur, quebrada del Indio hacia el norte, por el camino real que conduce de Anserma Nueva a Riosucio". De donde dedujo el Tribunal con muy buen criterio, que siendo la quebrada de "El Cementerio" la única que se desprende de las lomas de "El Cabuyal" en el mencionado trayecto, la faja comprendida entre dicha quebrada y el río Cañaveral no queda incluída en el título de propiedad de Matías Ramírez, o sea en el instrumento público número 249, tantas veces mencionado. De la misma manera, tampoco quedó comprendida en la referida venta hecha por Caballero a Matías Ramírez, la zona encerrada entre las ciénagas y el río Cauca.

También se adujo como prueba para determinar los alcances de la zona de terreno encerrada por los límites indicados en la ya citada escritura número 249, una diligencia de **apeo** practicada en el juicio de deslinde propuesto por Santiago Caballero contra Pedro Bolaños, el quince de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, en la cual se establecieron como límites arcifinios del predio "Bolsa del Cabuyal", por el oriente el río Cauca y por el norte, el río Cañaveral. Con respecto a esta diligencia, cabe observar que no fue aprobada por el Tribunal de Buga sino en la parte referente al predio de Pedro Bolaños, único demandado, que no es antecesor en el dominio de los demandados, y se ordenó tramitar el juicio correspondiente, a la oposición que en tiempo hizo a la referida diligencia, la señora María de Jesús Vélez de Mendoza, quien no fue demandada, a pesar de ser colindante. No aparece del proceso, como lo notó el Tribunal, si la señora de Mendoza formalizó su oposición, pero en cambio consta que el 17 de agosto de 1910, se practicó una diligencia de posesión del terreno de "El Cabuyal", y éste fue entregado a Matías Ramírez, precisamente por los linderos de la escritura número 249, sin tener en cuenta la aclaración o determinación que de ellos se hizo en la diligencia de deslinde del año de mil ochocientos noventa y seis.

De todo lo expuesto hasta aquí, se desprende claramente que hay una absoluta inconformidad entre los linderos expresados en la escritura número 249 y los linderos señalados en el hecho cuarto de la demanda presentada por Ramírez.

No apareciendo demostrado que las zonas de terreno que se reclaman a los demandados, están incluídas dentro del predio del señor Matías Ramírez, es decir, que no correspondiendo lo sostenido por éste en la demanda, a la realidad geográfica y topográfica del terreno, el Tribunal apreció bien la prueba, no violó la ley sustantiva por infracción directa, ni por aplicación indebida e interpretación errónea de la ley. En consecuencia, no prosperan tampoco los cargos formulados por este otro aspecto contra la senfencia del Tribunal.

Sentencia

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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 Buga, con fecha veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca. Manuel José Vargas— José Antonio Montalvo. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRA TO.—SOBERANIA DEL TRIBUNAL EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.—CONFESION EXTRAJUDICIAL

1.—El artículo 608 del Código Judicial es una disposición reguladora de una prueba, que por sí misma no da asidero al recurso de casación.

2.—El Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas, más aún respecto de aquellas que sólo entrañan la comprobación de indicios. La Corte sólo puede variar la apreciación del sentenciador cuando se establece un error manifiesto de hecho.

3.—Al tenor del artículo 608 del Código Judicial la confesión extrajudicial es apenas un indicio, cuya fuerza mide el juez según la naturaleza y las circunstancias que la rodean. La Corte en su función de casación no puede, en presencia de las mismas pruebas, reemplazar la convicción que se haya formado el juez de instancia, por la suya propia, a menos que la cuestión de hecho no ofrezca dudas en contrario. Tratándose de una prueba generalmente débil, como es la de confesión extrajudicial revelada por testigos, ella por sí misma no convence; se requieren otros elementos y circunstancias con los cuales haga juego y de los cuales se deduzca la evidencia del hecho a que tal confesión se refiere.

4.—El traspaso de bienes a título gratuito es por sí causa satisfactoria, y válida la trasferencia de bienes, pues de acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil la pura liberalidad es causa suficiente de las obligaciones. Otra cosa es que el fenómeno de la donación entre vivos, esté sometido a determinados requisitos como escritura pública, cuando recae sobre bienes raíces, e insinuación, cuando pasa de dos mil pesos, sin los cuales se anula y no produce efectos.

5.—No es causal de nulidad de una venta el hecho de que con ella se hubiera pretendido eludir el pago de derechos fiscales, entre otras cosas, porque el Estado nunca pierde la facultad de recaudar los respectivos gravámenes fiscales por razón de sucesiones y donaciones. Respecto de las donaciones disfrazadas, la ley les da a los recaudadores de renta —artículo 67 de la Ley 63 de 1936— amplios poderes de investigación a efecto de aclarar administrativamente si determinado acto envuelve donación o remisión, de manera que si resulta que hay donación el funcionario debe proceder a recaudar el impuesto con los recargos. Esto está indicando que las donaciones no se anulan por la causa expresada. Sobre un acto nulo el Estado no podría cobrar impuestos.

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

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

Por escritura pública número 274, otorgada en la notaría del circuito de Pandi el día 15 de agosto de 1931, aparece que Federico Correa, mayor de edad y vecino del municipio de Arbeláez cedió a título de venta a Elisa Correa Díaz D. los bienes raíces allí detallados, por la cantidad de dos mil pesos pagados de contado.

En el juzgado civil del circuito de Fusagasugá y mediante auto de primero de septiembre de 1941 declaróse abierto el juicio sucesorio de Federico Correa, casado legítimamente con María de los Angeles Díaz, y a María del Rosario Correa Díaz reconociósele la calidad de heredera del causante, habida en aquel matrimonio.

En seguida María del Rosario Correa instauró en el mismo juzgado demanda en juicio ordinario contra Elisa Correa Díaz a efecto de que se declare: **primero,** que el contrato que ésta celebró con Federico Correa es SIMULADO; **segundo,** que adolece de NULIDAD ABSOLUTA; **tercero,** que en consecuencia, se ordene la cancelación del registro de la escritura en que consta el contrato; y **cuarto,** que también consecuencialmente se declare que los bienes detallados en la precitada escritura número 274 de 15 de agosto de 1931, cuya simulación y nulidad se invoca, pertenecen a la sucesión ilíquida de Federico Correa.

A título de fundamento de la acción la actora alega, entre otros hechos, que en el contrato no existió entre las partes el propósito de enajenación por venta, pues ni el vendedor Correa recibió de Elisa el precio, ni ésta se lo pagó; que el contrato se llevó a cabo "con la expresa con-

dición de que la supuesta compradora le otorgara luego escritura de venta a la señora María de los Angeles Díaz v. de Correa, por valor recibido, de los bienes enumerados en la citada escritura, esto es con el objeto de que como el supuesto comprador no podía transferírselos directamente a su esposa María de los Angeles Díaz de Correa, tal transferencia se verificara por intermedio de la supuesta compradora Elisa Correa"; que el referido contrato tuvo por objeto eludir, cuando llegara el caso, la apertura de la sucesión del supuesto vendedor Federico Correa y asimismo el pago de los derechos fiscales; que Elisa Correa dejó de darle cumplimiento a la obligación que contrajo secretamente con Federico Correa de otorgarle escritura por valor recibido a María de los Angeles Díaz de los bienes referidos; y que Elisa Correa nunca ha ejecutado actos de posesión material sobre los mismos bienes, puesto que esa posesión estuvo sin interrupción en manos de Federico Correa hasta su muerte, y después en su cónyuge sobreviviente María de los Angeles Díaz.

El juez de primera instancia dictó sentencia declarando que la actora carecía de personería sustantiva por no haber acreditado la calidad de hija y heredera de Federico Correa.

El tribunal, mediante el examen de fondo de la acción concluyó absolviendo a la demandada.

Corresponde ahora a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal por la parte actora.

La sentencia del tribunal

El tribunal en el fallo después de hacer el resumen de la doctrina de la Corte, a partir del año de 1935, sobre la simulación, sus distintas características y formas, y la naturaleza de la prueba, ora se ventile la acción entre las mismas partes que la han fraguado, ora se invoque por terceros, admite que la simulación denunciada en la demanda tiene la calidad de relativa, porque el contrato ostensible tuvo por objeto encubrir los efectos jurídicos de otro acto real, cual fue el de transmitir bienes herenciales para eludir el juicio sucesorio.

Acciona la actora con la personería que le da el carácter de heredera. Pero no obstante esta circunstancia y el hecho de que la demanda se haya propuesto "para la sucesión", su posición en el debate no es la de tercero, para el efecto de las pruebas que está obligada a presentar, sino como parte en el negocio simulado, en su condición de representante del causante.

En esta posición a la actora en este juicio le correspondía demostrar el vicio de la simulación de la escritura 274 de 1931 con la comprobación de la existencia del acto oculto escrito, o por la confesión de la demandada, o por un principio de prueba por escrito susceptible de ser complementado por otros medios probatorios.

A los autos no se trajo el pacto literal oculto a que hace referencia la demandante, ni un principio de prueba por escrito del mismo, ni la demandada hizo confesión de que la escritura tenga el carácter de simulada; alega al contrario que tal contrato fue real, y en las posiciones que absolvió sostuvo que el precio de la venta lo había pagado en forma de servicios.

Examina luego el tribunal las declaraciones traídas al debate tendientes a comprobar la simulación, de las cuales nada infiere.

Apoyándose en los artículos 1759 y 1766 del código civil y 91 de la ley 153 de 1887, segundo aparte, el sentenciador sostiene que la verdad de las declaraciones contenidas en el instrumento atacado de simulación está en pie, pues no ha sido destruída oponiéndosele una prueba de igual categoría o fuerza, tal como el pacto literal oculto, la confesión del demandado, o el principio de prueba por escrito con el necesario complemento de otras pruebas.

El recurso de casación

Primer cargo

En el primer cargo cítanse varias disposiciones violadas por el sentenciador, debido a falta de apreciación de las confesiones vertidas en el juicio por la parte demandada; entre ellas los artículos 1766, 1769 del código civil.

Alrededor de tales normas razona así el recurrente:

El tribunal al dejar de apreciar las confesiones de la parte demandada en el juicio incurrió en error de hecho, con lo cual infringió directamente el artículo 1769 e indirectamente el 1766. La parte demandada ha aceptado en varios pasajes de sus escritos que Federico Correa hizo escritura de todos sus bienes a sus hijos entre los cuales se encuentra Elisa Correa, y que esas transmisiones efectuólas con el fin de que no hubiera lugar a abrir juicio de sucesión alguno. Es-

tas confesiones que el recurrente cree encontrar en pasajes que señala de posiciones rendidas por Elisa Correa, o en algunos de sus escritos presentados al juicio —que ponen en claro la finalidad buscada por las partes que intervinieron en el contrato acusado— no las toma en cuenta el tribunal, por lo cual quebrantó las disposiciones legales que le dan carácter de plena prueba a la confesión, e igualmente infringió las disposiciones legales que debieran ser aplicadas cuando los hechos en los cuales se sustenta una demanda aparecen demostrados.

Examen del cargo

La acusación es fundada. Ciertamente examinado el conjunto de las explicaciones que Elisa Correa dio en el juicio acerca del negocio contenido en la escritura 274, se advierte claramente que el contrato de compra-venta que aparece allí celebrado tiende a encubrir un traspaso de bienes, a título gratuito. En efecto:

En el alegato de conclusión presentado al juez de primera instancia y suscrito por la demandada léese el siguiente pasaje, sobre el cual llama especialmente la atención el recurrente.

"Del estudio general del expediente resulta plenamente establecido que la totalidad de los bienes raíces de que era dueño mi nombrado padre Federico Correa el 15 de agosto de 1931, fue escriturada ese día por él mismo a favor de la demandante, de sus hijos Anatilia Correa Díaz, Pompilio Correa Díaz, de Cleofe Correa Díaz en cabeza de su hijo Gentil Gómez Correa y **de la peticionaria,** traspasos que fueron hechos por distintas escrituras o mejor dicho, por sendas escrituras, menos en lo relacionado con Anatilia, pues lo correspondiente a ella se le escrituró a la demandante quien luego le transfirió el respectivo título, todo lo cual nos está diciendo que la demandante ha venido incurriendo en una contradicción en su interesado celo por hacer volver los bienes al patrimonio de la sucesión de nuestro padre, pues solamente quiere que esto ocurra con los que fueron **escriturados a favor de la peticionaria,** sin tener en cuenta para nada los escriturados a favor de los demás herederos, **quienes no pagaron en manera alguna el precio fijado en las escrituras,** como aparece demostrado con las posiciones aludidas y con las declaraciones que se han aportado a este debate por la peticionaria". (Subraya la Corte).

Las posiciones a que alude la transcripción anterior, fueron pedidas personalmente por Elisa Correa a la demandante, con el objeto de establecer que Federico Correa también le escrituró a ésta y a sus hermanos, por instrumentos distintos otorgados en el mismo día del de la escritura hecha a Elisa, a título de herencia, los bienes de que era dueño; posiciones, respecto de las cuales el juez aplicó el artículo 618 del código judicial, por no haberlas absuelto la actora. A esas posiciones pertenece la siguiente pregunta:

"12.—¿Es verdad que los bienes que nuestro mencionado padre escrituró en agosto de 1931 a nuestro hermano Pompilio Correa, a Gentil Gómez Correa en representación de nuestra fallécida hermana, Cleofe Correa madre de Gentil, a Anatilde a Ana María Correa, los escrituró como a título de herencia, pues ninguno de ellos pagaron su precio a favor de nuestro padre relacionado?".

Y en el interrogatorio que Elisa Correa le somete a varios testigos que ella presentó en el incidente de excepciones dilatorias, les formula estas preguntas:

"2.—Si por el conocimiento personal que tuvieron de las cosas, saben y les consta a ciencia cierta que el señor Federico Correa otorgó en agosto de 1931 algunas escrituras a favor de sus hijos, entre otras una a favor de Rosa o María del Rosario Correa Díaz, escritura que se dijo representaba los bienes que le pudieran corresponder a dicha señora Rosa o María del Rosario Correa Díaz en la sucesión del señor Federico Correa, sin que le quedara derecho a reclamar nada más, pues los demás bienes que tenía el señor Correa **los escrituró ese mismo día a todos sus demás herederos,** sin reservarse ninguno de ellos".

"3º—Declaren sobre todo lo demás que les conste en relación con el hecho de que de conformidad con las escrituras relacionadas, Federico Correa **distribuyó la totalidad de sus bienes entre sus herederos,** apareciendo incluídos en ellas todos los bienes que poseía".

En el interrogatorio de posiciones que la misma le propuso a la demandante María del Rosario a efecto de obtener su absolución en el plenario de la primera instancia, figuran estas preguntas:

"2º—¿Es verdad que el 15 de agosto de 1931, en el punto de la Honda de la jurisdicción de Ar-

beláez, nuestro padre común, Federico Correa, ante el Notario de Arbeláez, **escrituró la totalidad de sus bienes a favor de sus hijos legítimos** y de Gentil Gómez, estando entre los hijos la absolvente?".

"3º—¿Es verdad que la parte que dejaba para nuestra hermana Anatilia o Ana María Correa Díaz, la dejó en poder de la absolvente, para que luego usted pasara la escritura a dicha hermana?".

"4º—¿Es verdad que la absolvente ya escrituró esa parte a nuestra nombrada hermana para cumplir así lo ordenado por nuestro padre?".

"5º—¿Es verdad que usted tiene conocimiento de que la **totalidad de los bienes raíces que tenía nuestro citado padre común,** fueron escriturados **ese día** con la sola excepción de semovientes, dineros, etc., sobre lo que no se dijo nada?".

"6º—¿Es verdad que la absolvente tiene conocimiento de que las personas a quienes **nuestro padre común escrituró bienes, hemos tenido éstos en posesión**, ya directamente ya por medio de terceros"?.

"7º—¿Es verdad que la absolvente no pagó a nuestro citado ni el todo ni parte, la suma que aparece figurando como precio en la escritura que le otorgó nuestro padre, habiendo sido esa escritura simulada o de confianza?".

Y por último, en las posiciones que la demandada absolvió ante el juez de primera instancia confesó: "Es cierto que a mi padre señor Federico Correa no le pagué en dinero los bienes que me vendió por la escritura mencionada (la número 274 de 15 de agosto de 1931), se los pagué con mis servicios, pues desde muy temprana edad se los estaba prestando. También es cierto que a mi madre no se los he pagado pues con ella no he tenido ninguna negociación al respecto".

De las anteriores explicaciones dadas por la demandada acerca del pacto que celebró con Federico Correa, resultan claros los siguientes hechos, en los cuales ella conviene, según las transcripciones precedentes:

1º Que el 15 de agosto de 1931 Federico Correa escrituró todos los bienes que poseía a sus hijas María del Rosario Correa, la demandante, Elisa Correa, la demandada, Anatilde Correa, Pompilio Correa y Cleofe Correa, quienes no pagaron el precio fijado en las respectivas escrituras;

2º Que todos esos traspasos hízolos el padre a sus hijas a título de herencia;

3º Que el padre únicamente excluyó del traspaso los semovientes y dinero de los que nada dijo;

4º Que los adquirientes están en posesión, ya directamente, ya por medio de terceros, de los bienes que les escrituró Federico Correa; y

5º Por último agrega Elisa Correa que ella recibió la escritura de bienes en pago de servicios que desde pequeña le prestó a su padre Federico.

Como se ve, en el juicio hay un asentimiento expreso de la demandada al hecho de que la escritura impugnada encubre o disfraza un acto distinto del de compra-venta que aparece celebrado. Por medio de la venta quísose disimular una enajenación de bienes a título distinto de herencia o de dación en pago. Seguramente de herencia, pues, a ese título hizo Federico Correa el mismo día las otras enajenaciones a sus demás hijos; y no de dación en pago de servicios que nunca se remuneran, como son los naturales y obligados que los hijos deben prestar a sus padres dentro de la ordinaria convivencia y el desarrollo de la dependencia y sumisión a que aquéllos están sometidos.

El tribunal al desatender las confesiones de la demandada, acerca de la causa que ella le atribuye a la escritura básica de la acción, indudablemente quebrantó especialmente el artículo 1769 del código civil, disposición sustantiva que le da el mérito de plena prueba a la confesión.

Empero, la falta de apreciación por el sentenciador de la prueba de confesión existente en el juicio, no alcanza a quebrar el fallo recurrido, como quiera que la conclusión allí adoptada se sostiene por otras causas, que irán poniéndose de manifiesto en el examen de las restantes causales de casación.

La glosa apuntada tiene pues mero alcance de rectificación a una de las alegaciones del sentenciador, con lo cual la Sala cumple su principal misión, que más que reparadora de agravios a las partes, para lo cual están creadas las instancias del juicio, es principalmente doctrinal.

Segundo cargo

Aquí dícese que el tribunal quebrantó los artículos 1776 del código civil y 91 a 93 de la ley 153 de 1887.

En cuanto al artículo 1776 que versa sobre la institución de las capitulaciones matrimoniales, no se ve qué relación tenga con el asunto materia de la controversia.

A efecto de fundar la violación de los artículos 91 y 93, se arguye en síntesis:

Aun cuando se mirase a la demandante María del Rosario Correa, como la prolongación en el juicio del vendedor en la escritura 274, por haber ejercitado la acción en nombre de la sucesión de Federico Correa — punto de vista que tomó la sentencia y que es equivocado en sentir del recurrente, porque para los efectos del suministro de la prueba la demandante tiene la posición de tercero, desde que la acción tiene por objeto en definitiva defender su porción herencial en la sucesión de Federico Correa—, como aparece demostrado con la propia confesión de la demandada que ella no dio precio alguno por las cosas que dijo comprar, este hecho plenamente demostrado así da entrada a la prueba testimonial; por consiguiente cuando el tribunal rechazó la prueba testimonial aducida en el juicio quebrantó las disposiciones legales citadas por haberlas aplicado indebidamente en el caso del pleito.

Examen del cargo

Desde que, como se acaba de ver, en el juicio existe prueba de confesión con la cual se acredita que la escritura de compraventa número 274 tiende a disfrazar un traspaso de bienes a título gratuito, prueba de confesión que suple con creces por ser de mayor categoría, el principio de prueba por escrito requerido por el artículo 93 de la ley 153 de 1887, hay lugar a complementar la confesión con otra clase de elementos de convicción respecto a las modalidades del acto confesado, como declaraciones de testigos, los cuales sin el apoyo del principio de prueba literal o la confesión, serían de plano inadmisibles.

Empero el tribunal, no obstante haber echado de menos la confesión de la demandada, y haber expresado el concepto de que tal prueba o la literal son esenciales comprobantes en orden al éxito de la acción, analizó las varias declaraciones traídas a los autos, en cuyo contenido nada encontró que pudiera servirle de fundamento al actor.

De manera que el tribunal lejos de desechar de plano la prueba testimonial la examinó detenidamente. Ello hace que por el aspecto señalado el sentenciador no violara las disposiciones indicadas. Si la apreciación de las declaraciones fue equivocada, hay que atacar el fallo por ese defecto, demostrando el error evidente que se cometiera y puntualizando los testimonios mal apreciados. A ese fin se propuso el cargo cuarto, que por vincularse estrechamente con el que se deja examinado, conviene estudiarlo en seguida.

Cuarto cargo

El tribunal quebrantó el artículo 608 del código judicial. Con las declaraciones de Ramón Ortiz, M. Andrés Díaz, Marco A. Díaz y Pedro A. Reyes se ha comprobado plenamente una confesión extrajudicial hecha por Elisa Correa, confesión con la cual hase establecido que ella estaba obligada a otorgarle a su madre escritura pública de los bienes que adquirió de Federico Correa. La confesión extrajudicial puede tener mérito de plena prueba, si a juicio del juez no queda duda acerca de la confesión misma, y en este caso —sostiene el recurrente— por los datos que suministran los otros elementos de prueba ninguna duda hay sobre la confesión.

Examen del cargo

El artículo 608 del código judicial es una disposición reguladora de una prueba, que por sí misma no da asidero al recurso de casación.

Empero, como anteriormente alude el recurrente al quebrantamiento de los artículos 91 y 93 de la ley 153 de 1887, disposiciones que serían las infringidas a través del artículo 608, no está mal tenerlas también en cuenta ahora, en el examen del fundamento del presente cargo.

Con las declaraciones citadas se tuvo el propósito de comprobar la realidad del postulado segundo del libelo de demanda, en cuanto allí afírmase que Elisa Correa recibió los bienes de Federico Correa "con la expresa condición de que la supuesta compradora le otorgara luego escritura de venta a la señora María de los Angeles Díaz, por valor recibido, esto con el objeto de que como el vendedor no podía transferírselos directamente a su esposa María de los Angeles, tal transferencia se verificara por intermedio de Elisa".

Conforme está dicho el tribunal examinó el contenido de las declaraciones traídas al proceso; mas nada dedujo de ellas.

Aun aceptando que en algunas de las declaraciones citadas se encontrasen pasajes que pudieran revelar elementos para hallar una confesión extrajudicial, eso solo no basta para casar el fallo, porque el tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas, más aún respecto de aque-

llas que sólo entrañen la comprobación de indicios. La Corte sólo puede variar la apreciación del sentenciador cuando se establece un error manifiesto de hecho, cosa que aquí no ocurre.

Al tenor del artículo 608 del código judicial, la confesión extrajudicial es apenas un indicio, cuya fuerza mide el juez según la naturaleza y las circunstancias que la rodean. La Corte en su función de casación no puede, en presencia de las mismas pruebas, reemplazar la convicción que se haya formado el juez de instancia, por la suya propia, a menos que la cuestión de hecho no ofrezca dudas en contrario. Tratándose de una prueba generalmente débil, como es la de confesión extrajudicial revelada por testigos, ella por sí misma no convence; requiérense otros elementos y circunstancias con los cuales haga juego y de los cuales se deduzca la evidencia del hecho a que la tal confesión se refiere.

En el presente caso el recurrente no ha señalado esos otros elementos y circunstancias, distintos de las declaraciones, cuya ponderación haya omitido el tribunal y con los cuales se complemente la confesión extrajudicial, para que ésta adquiera el carácter de plena prueba, de que de ordinario está desposeída.

No prospera el cargo.

Tercer cargo

El tribunal quebrantó los artículos 1502 y 1524 del código civil. Para que pueda existir una obligación, es necesario que tenga una causa lícita. y en el juicio está probado que la transferencia de bienes de Federico Correa a Elisa Correa careció de causa real, puesto que no hubo precio, y en cambio se buscó con la celebración de ese contrato burlar las disposiciones de la ley relativas al pago de impuestos fiscales y se vulneraron derechos de terceros.

Examen del cargo

La transferencia de bienes de Federico Correa a Elisa Correa, aun cuando no corresponde a la declarada en la escritura, sí tuvo una causa: traspaso de bienes a título gratuito.

Esta causa de por sí es satisfactoria, y válida la transferencia de bienes, pues de acuerdo con el artículo 1524 citado la pura liberalidad es causa suficiente de las obligaciones.

Otra cosa es que el fenómeno de la donación entre vivos, a cuya clase pertenecía la que recibió la demanda, reglamentado por el título 13 del libro 3º del código civil, esté sometido a determinados requisitos como escritura pública, cuando recae sobre bienes raíces, e insinuación, cuando pasa de dos mil pesos, sin los cuales se anula y no produce efectos.

Mas sobre la base de que es enajenación a título gratuito no habría fundamento para anular la que recibió Elisa Correa. por medio de la escritura pública impugnada, como quiera que no se ataca por falta de insinuación o por otra irregularidad capaz de quitarle vida.

Se ataca por razón de que con ella se pretendió eludir el pago de derechos fiscales.

Empero este propósito no es causal suficiente de nulidad. Entre otras cosas porque el Estado nunca pierde la facultad de recaudar los respectivos gravámenes fiscales por razón de sucesiones y donaciones. Respecto de las donaciones disfrazadas, la ley les da a los recaudadores de renta —artículo 67, ley 63 de 1936— amplios poderes de investigación a efecto de aclarar administrativamente si determinado acto envuelve donación o remisión, de manera que si resulta que hay donación, el funcionario debe proceder a recaudar el impuesto con los recargos.

Esto está indicando que las donaciones no se anulan por la causa expresada. Sobre un acto nulo el Estado no podría cobrar impuestos.

Tampoco prospera el cargo.

Quinto cargo

Quebrantamiento de los artículos 1502, 1524, 1740 y 1746 del código civil.

El demandante ejercitó en la demanda la acción de nulidad absoluta del contrato consignado en la escritura pública 274, dando como razón la de que en tal acto no concurrió ninguno de los elementos esenciales exigidos en la ley para la validez de un contrato, como intención de celebrarlo y precio en la compra-venta.

Examen del cargo

Ya se dijo que si bien los otorgantes no celebraron el contrato de compra-venta, en cambio se ha venido a descubrir con la confesión de Elisa Correa, que pretendieron disfrazar un traspaso de bienes a título gratuito.

Esa causa le da suficiente eficacia al traspaso, pues si es cierto que no vale como venta, en cambio se sostiene como donación, mientras ésta no revele algún vicio capaz de anularla, el cual no se ha demostrado hasta ahora.

Se rechaza el cargo.

Sexto cargo

Alega el recurrente en este cargo violación de los artículos 1502, 1523, 1741, 1746 y 1852 del código civil, por el siguiente concepto:

El artículo 1852 del código civil dice que es nulo el contrato de compra-venta entre cónyuges no divorciados y el 1523 establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; bien se sabe que una prohibición de carácter absoluto para celebrar un contrato engendra nulidad absoluta.

Ahora bien, sigue diciendo el recurrente, la parte demandada acepta el hecho de que el 15 de agosto de 1931, Federico Correa otorgó a favor de sus hijos varias escrituras en donde pretendió transmitirles sus bienes, y en lo que se refiere a Elisa se pactó con ella la obligación de transmitirle a la esposa legítima de Federico Correa los bienes de que trata la escritura 274, y esto se hizo con el fin de eludir la prohibición legal que hace nulo el contrato entre cónyuges.

Examen del cargo

No hay prueba de la afirmación contenida en la demanda, consistente en que Elisa Correa recibió la escritura 274 para transmitirle luego los bienes a María de los Angeles Díaz, esposa de Federico Correa.

Al examinar el cuarto cargo de casación vióse que la única prueba al respecto es la indiciaria que se desprende de varias declaraciones, respecto de cuya apreciación por el tribunal no se demostró error evidente.

Si lo anterior es así, desaparece entonces el fundamento dado en la demanda, con el cual preténdese atacar por ilicitud el contrato celebrado entre Federico Correa y Elisa Correa.

Además en el supuesto de que Elisa hubiera aceptado el traspaso con la condición afirmada por María de los Angeles, la primera carecería de interés en alegarla, pues el cumplimiento de esa condición sería cuestión relacionada con la viuda de Correa.

Se desecha el cargo.

Sentencia

A mérito de las consideraciones expuestas la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia administrándola en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no casa la sentencia del tribunal superior de Bogotá, materia del recurso examinado.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—José Antonio Montalvo—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OBJECIONES A UNA PARTICION.—ADQUISICIONES DE DERECHOS FUTUROS EN UNA SUCESION.—RATIFICACION

1—Las adquisiciones con contingencia de lo que le pueda corresponder al vendedor en una sucesión no pueden forzar la adjudicación del respectivo bien al heredero que antes de la partición lo ha enajenado. El texto del artículo 779 del C. C., y en especial el del artículo 1401 del mismo, demuestran que, como corresponde a la contingencia mencionada, bien puede suceder que la partición ulterior no venga a coincidir con tales pactos, lo que coloca los casos en que tal sucede en el de venta de cosa ajena. De lo contrario, estaría a merced de cada cual obtener para sí o para la persona de su escogencia el bien de la sucesión que se le ocurriera preferir, con sólo apresurarse a venderle o a ceder sus derechos hereditarios indicando ese bien como objetivo singular de su cesión.

2—La ratificación es procedente sólo cuando alguien ha obrado por otro sin su representación y ese otro viene a conferírsela EX POST FACTO, o a aceptar o dar por bien hecho, cual si hubiese intervenido él mismo, lo que oficiosamente hizo aquél, o cual si éste hubiera tenido AB INITIO su representación.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestroza Daza).

La causa Mortuoria de la señorita Aura María Sierra se abrió en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, según providencia de cuatro de diciembre de 1928 y se ha regido por el testamento abierto que ella otorgó en vísperas de su muerte, acaecida el 30 de octubre de ese año, en el que instituyó herederos a su padre José de Jesús Sierra en su legítima rigurosa, y en el remanente a su hermano Alberto, a quien nombró albacea.

Con qué lentitud y a través de cuántas encontradas gestiones se ha tramitado la causa, lo dice el hecho de no haberse terminado aún y de estarse hoy contendiendo todavía sobre la partición de los bienes. A buen seguro en esa procastinación ha influído la diversidad de interesados que han ido interviniendo a virtud de sucesivas cesiones de derechos y ventas de bienes relictos y a la alta cifra de apoderados de cada cual.

A la partición se proveyó cuando se cerró al fin el ciclo de los inventarios y avalúos, practicados en varias diligencias. Ella tomó por base las que de éstas quedaron en firme. Objetada, hubo de rehacerse. Como en esto se obedeció por el partidor lo decidido en definitiva en el incidente de objeciones, el Juzgado aprobó el nuevo trabajo en fallo que confirmó el Tribunal. Contra esta sentencia aprobatoria se interpuso casación. Tramitado el recurso, aquí se decide.

Razones que con toda claridad se verán adelante obligan a formular estas consideraciones previas:

En los inventarios de Bogotá se relacionó la casa que hoy lleva el número 14-49 de la calle 68, de la que habla el testamento para decir que de la testadora es la mitad del suelo y que a la edificación que sobre él se adelantaba había concurrido por mitad ella y su hermano Alberto. Al relacionarse esta finca como de la sucesión íntegramente, se opuso Alberto Sierra como dueño de la mitad y el Juzgado dejó ésta en manos de él como tercero, pues en esta oposición obraba en nombre propio, en la calidad de que acaba de hablarse, y nó en nombre de la sucesión por ser heredero y albacea. Así se lee en el acta de la diligencia del 18 de octubre de 1929 (Folio 41, Cdno. 1º).

En escritura número 430, otorgada en la Notaría de Guateque el 7 de septiembre de 1931 (Cdno. 6º, folios 1 y 2), Alberto Sierra transfirió a Obdulio Mendoza su mitad proindiviso en ese inmueble y "también los derechos y acciones que puedan corresponderle en la otra mitad en el juicio de sucesión de la señorita Aura María Sierra".

Con esta escritura pretendió Mendoza excluir del inventario la mitad de Alberto Sierra, renovando la gestión que éste había hecho al corroborar así su referida oposición en la citada dili-

gencia; pero tal pretensión se negó en ambas ocasiones, porque el juzgador encontró que lo único procedente, que era dejar relacionada esa mitad como en manos de tercero poseedor, ya se había hecho desde entonces, y porque, si había lugar a pleito al respecto, no podía evitarse o esquivarse la tramitación legal obligada, mediante un incidente en la mortuoria. El auto del Tribunal, que confirma el del Juzgado sobre la petición de Sierra, es de 21 de enero de 1931 (Cdno. 1º, folios 74 y 75). allí se invocan los artículos 162 y 1270 del Código Judicial de entonces. El auto del Juzgado, no reclamado, que negó la solicitud en referencia renovada por el apoderado de Mendoza, quien invocó el artículo 947 del nuevo Código Judicial, es de 18 de mayo de 1938. Allí se respalda con la primera solución antedicha la negativa a la solicitud de Mendoza, citando el artículo 394 de este Código.

Como ya se vio al citar la escritura de compra hecha por Mendoza a Sierra, éste le vendió la mitad de la casa que sostiene ser suya, y además, en lo que hace a la presente sucesión, lo que en la otra mitad pudiera corresponder a Sierra. Para mayor precisión atrás se transcribió esta cláusula de la escritura.

Así pues, por lo que hace a esta sucesión lo adquirido por Mendoza es simplemente la contingencia de que a Sierra hubiera de corresponder algo en la mitad de casa ya dicha. Sabido es que las transferencias de esta clase no pueden forzar la adjudicación del respectivo bien al heredero que antes de la partición lo ha enajenado. El texto del artículo 779 del C. C., y en especial el del artículo 1401 del mismo, demuestran que, como como corresponde a la contingencia mencionada, bien puede suceder que la partición ulterior no venga a coincidir con tales pactos, lo que coloca los casos en que tal sucede, en el de venta de cosa ajena. De lo contrario, estaría a merced de cada cual obtener para sí o persona de su escogencia el bien de la sucesión que se le ocurriera preferir, con sólo apresurarse a venderlo o a ceder sus derechos hereditarios indicando ese bien como objetivo singular de su cesión.

En el presente juicio aconteció que la partición no señaló en el lugar correspondiente a Alberto Sierra la dicha mitad de casa; de suerte que no hubo lugar a formarle hijuela a Obdulio Mendoza, cuyo apoderado objetó la partición por este motivo, sin que el Tribunal le acogiera su reclamo, porque el título en que se funda llevaba en sí esa eventualidad.

De otro lado acaece que dentro del término de traslado de la primera partición no fromuló objeciones sino el apoderado de Mendoza, lo que vale como decir que todos los demás interesados entre ellos Alberto Sierra, la consintieron. Siendo ésta la situación y careciendo Mendoza de vínculo con la sucesión distinto del de aquella contingencia, que no advino, no se halla por qué se sienta capacitado para reclamar contra la partición en forma alguna. Lo hizo contra la formación de las hijuelas alegando falta de equidad y de igualdad así como contra la formación de la hijuela de deudas, invocando, entre otras disposiciones, los artículos 1394 y 1411 del C. C.

Si él no tenía entrada en la mortuoria sino a favor de una adjudicación de la dicha mitad de casa por virtud de corresponder derechos en ésta a Alberto Sierra, y si este evento no se produjo es claro que carece de personería para discutir la partición.

A Mendoza no le interesa que para el pago de deudas se destine o deje de destinarse el dinero producido por remates de bienes de la sucesión, ni le perjudica ni atañe que a Sierra, que fue quien recibió ese dinero, se imponga la carga de ese pago. Tampoco perjudica ni atañe a Mendoza que a Sierra se le pague parte de su haber herencial con la edificación que Sierra sostiene ser suya en la dicha mitad de finca que como suya propia vendió a Mendoza. Esta adjudicación a Sierra refrendará, por decirlo así, para Mendoza el título de su vendedor; pero la merma que pueda sufrir con ello éste en su haber herencial, si es que en verdad se le cubre con algo propio y no de la sucesión, es perjuicio para Sierra, sobre lo cual es a él y no a Mendoza a quien asiste la acción concomitante.

Otro tanto sobre carencia de interés jurídico y, por ende, de personería en Mendoza, cabe decir respecto de los reclamos que formula sobre la formación de las hijuelas restantes, esto es, de interesados a quienes él no representa.

Las precedentes reflexiones justifican lo antedicho sobre conveniencia o necesidad de que se expusieran previamente.

Como tales reclamos de Mendoza son los que formula ante la Sala como otros tantos cargos en casación, insistiendo sobre los mismos temas que fueron materia de sus objeciones, queda visto, con su carencia de personería ya referida, surgida de

su falta de interés jurídico, que no hay lugar a considerar esos cargos.

Se ha dicho que Mendoza fue objetante único. Como contra este concepto pudiera argüirse poniendo de presente la tardía gestión de Sierra en ese sentido, conviene estudiarla.

Cuando el partidor presentó su primer trabajo, el Juzgado ordenó el traslado de que habla el artículo 964 del Código Judicial y al efecto señaló un término de diez días comunes en auto de 30 de agosto de 1940 que se notificó por estada el 3 de septiembre, y en memorial presentado el 7 de mayo de 1941 Alberto Sierra manifiesta al Juzgado que ratifica lo que como objetante había hecho el apoderado de Obdulio Mendoza y pide se tengan por suyas (de Sierra) las objeciones formuladas. En ese memorial también confiere poder al abogado de Mendoza.

A ese escrito recayó el auto de 17 del mismo mayo que, no sólo decreta el poder, sino que da por ratificado todo lo actuado por el abogado en nombre de Sierra. Pero el proceso acredita que nada había actuado hasta entonces ese abogado en nombre de Sierra. Por tanto, no cabe, por no haber sujeta materia, la ratificación, es decir, la validación de algo implicada precisamente por la acción de ratificar. Esto es procedente sólo cuando alguien ha obrado por otro sin su representación y ese otro viene a conferírsela **ex post facto**, o a aceptar o dar por bien hecho, cual si hubiese intervenido él mismo, lo que oficiosamente hizo aquél, o cual si éste hubiera tenido **ab initio** su representación. El abogado de Mendoza obró en esta única calidad; si hubiera obrado por Sierra, habría sido de considerar si era aplicable o no el artículo 269 del Código Judicial y de llenar, caso afirmativo, las exigencias de esta disposición. No ocurrió nada de esto, por la poderosa razón de que el apoderado no lo era. repítese, sino de Mendoza y no obró sino en nombre de éste.

Cuanto a la manifestación de Sierra de hacer suyas las objeciones, tampoco es aceptable su pretensión, reñida con lo que establece nuestra ley, marcadamente inclinada a un sistema preclusivo. Quien ha dejado pasar un término sin usarlo, no puede remediar su tardanza, su falta de gestión oportuna, a pretexto de adherir a quien sí estuvo alerta y en su tiempo hizo la gestión, interpuso el recurso, objetó, manifestó oponerse, etc.

En suma: es recurrente único en casación el abogado que hoy es apoderado de Sierra y de Mendoza; pero que sólo lo era de éste cuando objetó la partición; únicamente Mendoza, por medio de su apoderado, presentó objeciones; todos los demás interesados guardaron un silencio que en este caso implica consentimiento; entre estos interesados figura Alberto Sierra; en lo que respecta a su derecho en la sucesión, Sierra no se desprendió sino del que pudiera corresponderle en la mitad de casa indiscutiblemente inventariada como de Aura María Sierra; en esta mitad de casa no se señaló nada en la partición en el puesto correspondiente a Sierra; por tanto, Mendoza no tuvo entrada en la sucesión, estrictamente hablando, no ha entrado a ella. Todo esto impone la conclusión de que son improcedentes los cargos presentados contra la sentencia aprobatoria de la partición.

Sobra advertir que, dada la causa en que se está y el singular problema de ella a que debe concretarse la solución del recurso, sería extraño a esta sentencia discurrir sobre las relaciones contractuales entre Sierra y Mendoza o acerca del resultado de la partición en su influencia sobre esa compraventa y las consiguientes obligaciones recíprocas de los contratantes por no haberse realizado la condición tantas veces mencionada aquí a que se sometió esa compraventa en lo que mira a los derechos que pudieran corresponder a Sierra en la sucesión de su hermana en la referida mitad de inmueble.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida en este asunto el diez de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestroza Daza — José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO

Cuando de dos compradores que asumen solidariamente el pago del precio uno solo es el que lo cubre, las acciones a que esto da lugar por quedar subrogado el acreedor en la parte del crédito que el pagador cubrió por su compañero son cosa muy distinta de la pérdida por éste de su calidad de comprador o de su dominio como comunero en lo adquirido, no sólo por aquel sino por ambos, por virtud de la compraventa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Abdón Moscoso C., contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario del recurrente contra José Manuel de la Torre, seguido en primera instancia en el Juzgado 8º Civil de este Circuito, y que versa sobre resolución de la compraventa que, según documentos privados suscritos en esta ciudad el 3 de noviembre de 1939 y el 20 de febrero de 1940, celebraron de la Torre, por una parte como vendedor, y Moscoso junto con Manuel Merino Henao, por la otra, como compradores de la empresa "Café París".

La demanda se funda en que las obligaciones de éstos fueron cumplidas por Moscoso y que el vendedor faltó a las suyas, y pide se declare dicha resolución, se decrete indemnización de perjuicios a favor del demandante y se condene al demandado a devolverle lo que recibió en virtud del contrato y a pagarle las costas del juicio. Notificada a de la Torre el 24 de marzo de 1943, se siguió la actuación de ley y el 9 de marzo de 1944 el Juzgado sentenció haciendo las declaraciones y condenas pedidas por Moscoso. Apeló el reo y, surtida la segunda instancia, el 16 de septiembre del mismo año el Tribunal sentenció revocando la apelada y manifestando no haber lugar a hacer las declaraciones suplicadas.

El Tribunal llegó a esta conclusión en vista de estar ausente del proceso el prenombrado Merino, no obstante ser contratante, y de que la indivisibilidad de la acción resolutoria no permite decidirla sin la intervención de todos los contratantes. Los siguientes párrafos de su fallo se entresacan porque ponen de relieve y condensan el pensamiento que lo determinó. Al hacer presente la ausencia de Merino como litigante, dice:

"Siendo esto así, la demanda peca de ineptitud sustantiva, toda vez que la resolución de los contratos, así como la nulidad o simulación que se crea afecte a los mismos, debe debatirse o ventilarse judicialmente precisamente entre las partes que los celebraron y cuyo interés venga a perjudicarse con la declaratoria de resolución, de nulidad o de simulación que se pretenda".

Cita en seguida la jurisprudencia de los Tribunales y transcribe conceptos de sentencias de la Corte Suprema en ese sentido, y agrega: "Y ello ha de ser así, ya que si se declara la resolución de un contrato en la forma pedida por el demandante, sin audiencia de todas las partes o sujetos contratantes, vendría a incurrirse en el grave error en que incurrió el fallador de la primera instancia: dictar fallo contra personas que no han sido oídas y vencidas en juicio, pretermitiendo así una de las normas más fundamentales del estatuto del Estado".

"Lo que se deja expuesto es suficiente para concluir que la acción del pleito en la forma en que viene planteada en la demanda, no puede tener cabida, ya que como se anotó al principio, la demanda peca por ineptitud sustantiva, y siendo así debe revocarse el fallo recurrido y en su lugar hacer la pertinente declaración".

Los cargos que el recurrente formula contra la sentencia recurrida son estos tres:

1º—Violación de los artículos 1568, 1546, 1571, 1572, 1577, 1579, 1602, 1603 y 1609 del C. C., por error de hecho que aparece de manifiesto en los autos en la interpretación de los documentos mencionados, en lo referente al pacto de solidaridad acordado allí entre Moscoso y Merino. El recurrente se detiene a estudiar la solidaridad en sus dos fases activa y pasiva, en sus demás modalidades y en los resultados del pago hecho por uno

solo de varios deudores solidarios, con el empeño de demostrar que la solidaridad que vinculó a los dos compradores ante su vendedor para el pago del precio, no es óbice a las acciones de cada uno de ellos como comprador y, además, que habiendo Moscoso hecho el pago, a él corresponden esas acciones, sin que, por otra parte, pueda exigírsele que demandara a Merino, quien no tiene por qué ser demandado en un juicio de que ha de responder sólo el incumplido vendedor.

Es verdad que el Tribunal en una de las frases en que reclama por la ausencia de Merino en el debate, alude a él como demandado; pero no es menos cierto que lo cardinal y decisivo de su reclamo no es la calidad de actor o de reo con que debía haber venido al proceso, sino el hecho de no figurar en éste; y, así, las aludidas disertaciones sobre el fenómeno jurídico de la solidaridad, dejando en pie y aun sin atacar siquiera este hecho, este argumento, que repítese, es el cardinal de la sentencia, no la invalidan.

De otro lado, no puede perderse de vista que cuando de dos compradores que asumen solidariamente el pago del precio, uno solo es el que lo cubre, las acciones a que esto da lugar por quedar subrogado al acreedor en la parte del crédito que el pagador cubrió por su compañero, son cosa muy distinta de la pérdida por éste de su calidad de comprador o de su dominio como comunero en lo adquirido, no sólo por aquél sino por ambos, por virtud de la compraventa. Así en el presente caso, aun en el supuesto de que Moscoso cumpliera íntegramente las obligaciones de él y de Merino, no se puede por esta sola circunstancia conceptuar que Merino quedara de lado y dejara de ser contratante en la compraventa cuya resolución es la materia de la presente causa.

Y si el Tribunal, hablando de la ausencia de Merino en ésta, trajo a cuento la solidaridad con que se ató con Moscoso para el pago del precio, no por eso deja de ser evidente, que aun sin tal solidaridad, fue y sigue siendo comprador, es decir, contratante, y que es este hecho escueto lo que en definitiva funda el procedimiento y decisión del Tribunal en la sentencia recurrida.

2º—El segundo cargo es el de quebranto de las disposiciones ya citadas en el primero, en especial los artículos 1546, 1602, 1603, 1608, y 1609, y también el 1882 del mismo C. Civil, por error en la interpretación de los citados documentos de contrato y de las pruebas que acreditan el cumplimiento de las obligaciones de la parte compradora y que a él atendió Moscoso, así como de las pruebas que establecen el incumplimiento del vendedor. De unas y otras hace la enumeración debida.

Queda vista la improcedencia de lo tocante a la solidaridad. Cuanto a la calidad de las obligaciones recíprocas entre comprador y vendedor en una compraventa, a la obligatoriedad de las estipulaciones de un contrato legalmente celebrado, a la mora de tal o cual de las partes en un contrato sinalagmático y a las acciones del comprador cuyo vendedor ha retardado la entrega de lo vendido, que es lo reglamentado en estas disposiciones legales, se halla igual improcedencia, porque el Tribunal, como tántas veces se ha repetido aquí, procedió y decidió en la forma ya vista por el hecho decisivo de no figurar Merino en el pleito, versando éste sobre resolución de un contrato en que él figura como parte contratante, lo cual no se infirma porque establezcan lo que establecen esos artículos, que no se relacionan con ello.

De otro lado, las pruebas de cuya errónea apreciación acusa en este cargo el recurrente miran, como ya se dijo, al fondo, pues son las que, según él, acreditan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los compradores y la falta del vendedor a las suyas. Y el Tribunal no entró en el fondo, no tuvo ocasión de valorar ni siquiera de estudiar el haz probatorio. El cargo sería procedente si hubiera habido tal estudio o si aquí se hubiera demostrado que el sentenciador debió hacerlo. No ocurriendo nada de esto, el cargo no procede.

3º—En este cargo se acusa de incongruencia de la sentencia con las peticiones de la demanda por haber declarado una excepción no propuesta ni debatida. De aquí el recurrente deduce la infracción de los artículos: 329, 343, 333, 456, 457, 471, y 472 del C. J., 1740 a 1742 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936.

Como se ve, se cita el artículo 343, del C. J., y sin embargo, parece no haberse tenido en cuenta por el abogado recurrente esta disposición al aducirla en respaldo de la acusación que en este último cargo formula, puesto que cabalmente ella lo responde y rechaza. En efecto, dice: "Cuando el juez halla justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consecuencia con

la excepción reconocida, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse y alegarse".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley. no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez y seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestroza Daza — José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Secretario.

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

De conformidad con lo que prescribe nuestra legislación. (Artículo 555 C. J.), la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le conceden los respectivos tratados existentes con ese país, y a falta de éstos la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia. Por consiguiente, el concurso y apoyo que en el país se presta para la ejecución de las sentencias extranjeras están sometidos a lo que sobre el particular se haya establecido, en primer término, en los correspondientes tratados públicos, y en subsidios, al principio de la reciprocidad legislativa. En relación con la República de Panamá no existe tratado alguno vigente en Colombia que regule tan importante materia, pues la Convención Internacional de La Habana fue suscrita por el Estado colombiano con reservas y aún no ha sido aprobada por el Congreso Nacional. Entonces, a falta de un tratado público, precisaría acudir al principio de la reciprocidad.

En Colombia el principio de la reciprocidad legislativa debe estar establecido por una ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá junio seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

El doctor Juan Francisco Mújica, hablando en su condición de apoderado sustituto del señor Juan Arias Jr., ciudadano panameño, solicitó de esta Corporación, por medio de escrito datado el 21 de octubre del año próximo pasado, que declare que debe darse cumplimiento en Colombia a la sentencia fechada en 21 de junio de 1934, dictada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá en el juicio ordinario entablado por dicho señor Arias en contra del señor Selim o Salim J. Mizrachi, ciudadano egipcio, actualmente domiciliado en Cali, Departamento del Valle, y por medio de la cual se condenó al mencionado Mizrachi al pago de la suma de balboas que en ella se determina.

A esa solicitud acompañó el peticionario doctor Mújica la siguiente documentación:

a)—Copia debidamente autenticada de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, cuya fecha acaba de citarse;

b)—Copia de la liquidación de capital e intereses practicada por el señor Juez del Circuito de Chiriquí;

c)—Copia de la demanda ordinaria propuesta por el señor Arias y de la contestación que a la misma dio el apoderado del demandado; y,

d)—Certificado original expedido por el señor Presidende de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, sobre los particulares que más adelante se destacarán. Toda la documentación que se deja relacionada ha sido presentada con las autenticaciones de rigor en estos casos.

La solicitud en referencia fue sometida a la tramitación que corresponde, pues de ella se dio traslado por el término legal tanto al señor Procurador General de la Nación como al señor Mizrachi, y ambos se opusieron, aunque por distintos motivos, a que se decrete el cumplimiento de la sentencia arriba citada, por lo cual este asunto fue abierto a prueba, sin que durante el término legal ninguno de los interesados hubiera solicitado que se practicara alguna, ya que las pedidas por ambas partes fueron negadas por considerarlas extemporáneas, autos proferidos por el señor Magistrado sustanciador. Y como finalmente ya las partes fueron oídas, ha llegado la oportunidad de decidir lo que corresponda, y a ello se procede mediante las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo que expresamente prescribe la legislación nuestra (Artículo 555 del Código Judicial) la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le conceden los respectivos tratados existentes con ese país, y a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia. Por consiguiente, el concurso y apoyo que en el país se presta para la ejecución de las sentencias extranjeras están sometidas a lo que sobre el particular se haya establecido, en primer término, en los correspondientes tratados públicos, y en subsidio, al principio de la reciprocidad legislativa.

En relación con la República de Panamá no

existe tratado alguno vigente en Colombia que regule tan importante materia, pues la Convención Internacional de la Habana fue suscrita por el Estado colombiano con reservas y aún no ha sido aprobado por el Congreso Nacional, como así lo anotan también tanto el propio demandante como el señor Procurador General. Entonces, a falta de un tratado público vigente, precisaría acudir al principio de la reciprocidad.

Sobre este particular el único elemento de juicio que en autos obra, es el certificado (f. 22). expedido por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en el cual este alto funcionario afirma que las sentencias dictadas en Colombia son ejecutables en Panamá en virtud de la Convención de la Habana (no vigente aún en Colombia, por lo dicho), y también "a título de reciprocidad"; pero a juicio de la Corte, esa prueba a pesar de tener tan alta procedencia. no es suficiente para acreditar en nuestro país esta última circunstancia.

En efecto, si como es sabido en Derecho Público domina el principio de que la justicia, por razones de soberanía. es eminentemente territorial, la excepción a esa regla, o sea la extraterritorialidad de que en determinados casos y circunstancias gozan las sentencias judiciales, lógicamente debe emanar de la voluntad del soberano manifestada por los cauces correspondientes, y de allí que en la mayoría de los Estados se requiera que el principio de la reciprocidad legislativa en el cumplimiento de las sentencias extranjeras lo establezcan las leyes de cada país. En Colombia tiene plena vigencia esta tesis, como así se comprende del texto mismo del artículo 555 citado y como lo expuso la Comisión Preparadora del Código Judicial, cuando al referirse a este texto legal dijo lo siguiente:

"La aplicación de este principio (se refiere al de la reciprocidad), no es siempre fácil, si ha de consultarse, como se dispone en algunos Códigos extranjeros, la jurisprudencia del país de donde la ejecutoria procede, a lo cual se agrega la posibilidad de que no se haya ofrecido a los Tribunales de ese país la ocasión de otorgar o no el pase a sentencias análogas de Tribunales colombianos, o que la jurisprudencia de aquéllos no haya sido uniforme en el particular. ¿Cómo proceder en estos casos, en que el enunciado principio no sirve de regla? Son éstas la razones por las cuales no se exige que se consulte la jurisprudencia, sino la ley del país donde se ha dado el fallo de cuya ejecución se trate".

Y este es el mismo criterio que expresan renombrados tratadistas colombianos de Derecho Internacional Privado, cuando han afirmado:

"El allanamiento de los Estados a que se ejecute dentro de su territorio el fallo extranjero puede ser el resultado de convenciones internacionales o de disposiciones legales. En el primer caso, es el acuerdo de los respectivos Estados el que fija su carácter y determina las condiciones de tal ejecución y los casos en que pueden tener lugar. En el segundo la ley local determina estas condiciones y casos, así como el procedimiento para revestir de la fórmula ejecutoria dentro del territorio la sentencia extránjera". (Derecho Internacional Privado, página 193, Alfredo Cock A.).

"A falta de tratados se aplica la reciprocidad legislativa, es decir, la sentencia extranjera tendrá en Colombia la misma fuerza que se conceda a las sentencias proferidas en Colombia por las leyes del Estado al cual pertenezca el Tribunal que dictó la sentencia de cuya ejecución se trata. Por consiguiente, si la sentencia procede de un Estado en que por ley no se dé cumplimiento a las dictadas por Tribunales colombianos, no tiene fuerza alguna en Colombia". (Manual de Derecho Internacional Privado, pág. 386, J. J. Caicedo Castilla).

En consecuencia, si el principio de la reciprocidad legislativa debe estar establecido por una ley, es evidente que el certificado que arriba se dejó citado no es prueba hábil para establecerlo, porque sabido es que para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presente copia debidamente autenticada de la respectiva ley y en la parte conducente; y de no se pide el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley. (Artículo 659 del C. J.).

Si, pues, en el caso aquí contemplado no existe un tratado vigente con la República de Panamá que imponga la ejecución de las sentencias judiciales dictadas por los Tribunales de un país en el otro, y viceversa, y si tampoco se ha demostrado en debida forma qué suerte corren en Panamá las sentencias dictadas por los jueces de Colombia, es claro que contemplándose, como aquí se contempla, esa situación no es posible acceder a los deseos del peticionario.

Y por lo anteriormente dicho, se comprende que no hay lugar a considerar si en el caso de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá se reúnen las condiciones requeridas por el artículo 557 del C. J.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a lo pedido por el doctor Juan Francisco Mújica, en su carácter de apoderado del señor Juan Arias Jr., en su memorial de fecha 21 de octubre del año próximo pasado, que se citó al principio de esta providencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR CULPA EXTRACONTRACTUAL

1.—Son postulados de ley y de doctrina cuya evidencia ya casi nadie discute, que las personas, sean naturales o morales, responden civilmente no sólo por culpa indirecta o presunta, sino también por culpa directa probada en razón de los hechos u omisiones dañosos que ejecutan.

2.—En numerosas decisiones ha sostenido la Corte que es doctrina jurídica que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación, y que ha sido establecida en numerosos fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que con ocasión de él no pueden introducirse medios nuevos, o sea, traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate.

3.—Las dos obligaciones, la de pagar el seguro de vida del empleado que ha fallecido al servicio de una empresa, y la de cubrir las indemnizaciones que se causan por razón de la misma muerte en un accidente de tránsito, son independientes entre sí, como que provienen de causas distintas: la primera nace del seguro de vida impuesto por las leyes sociales con cargo a la empresa en la cual servía el empleado perecido, y la segunda se deriva de la culpa extracontractual imputada por la ley a la otra persona responsable del accidente. Son pues dos obligaciones diferentes, a cargo de dos deudores distintos, aunque en favor de un mismo acreedor, los herederos del empleado o de la víctima, y aquél tiene el claro derecho de exigir el cumplimiento de ambas en su integridad de las personas obligadas.

4.—Interpretando el artículo 95 del Código Penal observa la Corte que el límite máximo de reparación fijada en esa disposición legal es para "la indemnización que corresponda al ofendido", como lo reza claramente el texto; lo cual está significando, al usarse esta expresión en singular, que cuando son varios los ofendidos a cada uno debe asignársele la correspondiente indemnización, pero sin pasar para éste de la cantidad indicada en dicho artículo. Resulta entonces, como la interpretación más conforme con el texto claro del artículo citado, la que admite al aplicar éste en lo civil para el efecto de regular el daño moral subjetivo, que el límite fijado por esa disposición es rígido y no se puede traspasar por el juzgador al fijar el PRETIUM DOLORIS, pero con la aclaración de que la compensación o, mejor dicho, la reparación para cada demandante u ofendido puede fijarla prudencialmente el Juez hasta el límite máximo señalado en dicho artículo.

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

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

A eso de las once y media de la mañana del día 31 de marzo de 1941, el camión-tanque o pipa número 7531 con placa de este Municipio, de propiedad de la Compañía Productora Derivados del Dulce, S. A., firma comercial domiciliada en esta ciudad, atropelló violentamente al señor Antonio María González en el cruce de la Avenida 32 con la carrera 14, en momentos en que el vehículo transitaba de sur a norte manejado por el conductor Uldarico Guillermo Tovar, y a consecuencia de ese accidente de tránsito falleció el señor González en el Hospital de San José como a las cinco de la tarde de dicha día.

Con motivo de ese hecho las señoras Carmen Peñuela vda. de González, Ana Josefa González vda. de Aarón, Lucila González Gaitán e Inés González Salgar, todas mayores y vecinas de este lugar, invocando la primera su condición de cónyuge supérstite y las tres últimas la calidad de hijas legítimas del señor Antonio María González, propusieron por medio de apoderado y en libelo fechado el 24 de octubre del mencionado año demanda ordinaria contra la sociedad anónima denominada "Compañía Productora Derivados del Dulce, S. A.", ya mencionada y representada por el señor Julio César Santos, para que por sentencia definitiva se hicieran por el juez del conocimiento, que lo fue el Séptimo del Circuito en lo Civil de esta ciudad, las siguientes declaraciones:

"**Primera.** — Que la Compañía Productora Derivados del Dulce, S. A., de Bogotá, es civilmente responsable del accidente de circulación ocurrido en esta ciudad el día 31 de marzo del año en curso, accidente en el que perdió la vida el señor Antonio María González y ocasionado por el camión-tanque con placa municipal de este Municipio número 7531 y del cual el día del accidente era propietaria y usufructuaria la sociedad demandada.

"**Segunda.**—Que, en consecuencia de la declaración anterior, la compañía demandada, en el término de seis días o en el que usted fije debe pagar lo siguiente:

"a) A la señora María del Carmen Peñuela vda. de González los daños materiales y morales que se le ocasionaron con la muerte trágica de su legítimo esposo señor Antonio María González, perjuicios que ascienden a la suma de DOCE MIL PESOS ($ 12.000.00) moneda legal colombiana o la que sea fijada por peritos;

"b) A la señora Ana Josefa González vda. de Aarón los daños materiales y morales que se le ocasionaron con la muerte trágica de su legítimo padre Antonio María González, perjuicios que ascienden a la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda legal colombiana o la que sea fijada por peritos;

"c) A la señorita Lucila González Gaitán los daños materiales y morales que se le ocasionaron con la muerte trágica de su legítimo padre Antonio María González, perjuicios que ascienden a la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda legal colombiana o la que sea fijada por peritos, y

"d) A la señorita Inés González Salgar los daños materiales y morales que le ocasionó la muerte trágica de su legítimo padre Antonio María González, perjuicios que ascienden a la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda legal colombiana o la que sea fijada por peritos."

"**Tercera.** — Que si se opone la compañía demandada a que se hagan las anteriores declaraciones se la condene en las costas del juicio".

Admitida la demanda y decretado el traslado de rigor, al evacuarlo la sociedad demandada negó los hechos en que se funda, a excepción del tercero, cuarto y quinto, que contestó así:

"**Al tercero.**—Por informaciones de la prensa, que aparece en autos, y de particulares, esa relación parece cierta;

"**Al cuarto.**—Lo contesto en el mismo sentido del hecho anterior;

"**Al quinto.**—La pipa o camión-tanque número 7531 es de propiedad de la Compañía, pero el día del accidente estaba arrendada en negocio particular al señor Juan Rincón que lo explotaba por su cuenta".

Surtida la tramitación de rigor el señor juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia por medio de la sentencia de 6 de noviembre de 1942, por la cual absolvió a la sociedad demandada de los cargos formulados en la demanda.

De esa decisión apeló para ante el Tribunal Superior el señor apoderado de las demandantes y agotada la tramitación de instancia dicha entidad profirió la sentencia de 3 de marzo de 1944 por la que revocó en todas sus partes la que había sido apelada y en su lugar falló el pleito así:

Primero.—Se declara que la "Compañía Productora de Derivados del Dulce, S. A.", sociedad comercial anónima con domicilio en esta ciudad y representada por su Gerente señor Julio César Santos, es civilmente responsable del accidente de circulación que ocurrió el treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos cuarenta y uno (1941) en el sitio y circunstancias que se relatan en este fallo.

Segundo.—Se condena a la expresada sociedad a pagar a las demandantes María del Carmen Peñuela vda. de González, Ana Josefa González vda. de Aarón, Lucila González Gaitán e Inés González Salgar, los daños materiales y morales subjetivos que les causó la muerte del señor Antonio María González ocurrida en ese accidente, ejecutoriado este fallo, y en la forma siguiente:

a) Se fija en la cantidad de mil pesos ($ 1.000) el monto líquido del daño moral subjetivo que debe indemnizar la Compañía a cada una de las cuatro demandantes;

b) El monto líquido de los perjuicios patrimoniales o materiales se fijarán dentro del incidente de ejecución de esta sentencia, conforme al procedimiento del artículo 553 del C. J., en el que se aprovecharán los datos pertinentes de este proceso que se citan en la parte motiva.

Tercera.—Sin costas en ninguna de las dos instancias.

Fundamentos de la sentencia acusada

Del análisis del acervo probatorio traído al debate, encontró el Tribunal que el hecho dañoso, así como el modo y las circunstancias en que

éste se realizó, estaban plenamente establecidos en el proceso y también que, a consecuencia del accidente, ocurrió la muerte del señor Antonio María González.

En cuanto a la culpa que a la compañía demandada se le imputa en la demanda el sentenciador de segundo grado la encontró también plenamente establecida pues desechó la aseveración de aquélla de que en el momento del accidente el señor Juan Rincón usara el vehículo en condición de arrendatario y que el chofer que lo manejaba dependiera en consecuencia directamente de Rincón y no de la empresa demandada, estimando el sentenciador, por el contrario, que Juan Rincón usaba dicho vehículo como distribuidor, agente o empleado de la Empresa demandada, y que en tal condición había contratado los servicios del chofer Uldarico Guillermo Tovar. Esta conclusión del sentenciador la fundamenta en las siguientes consideraciones que se sintetizan: Que el certificado que obra al folio 3 del cuad. de pruebas producidas por el demandante en la segunda instancia, expedido por la Administración General de Rentas de Cundinamarca, así como también de la escritura pública 3095 de 24 de diciembre de 1940 de la Notaría Segunda de esta ciudad, que la compañía demandada acompañó a su escrito de contestación de la demanda, elementos ambos a los cuales el sentenciador les otorga el carácter de plena prueba como documentos auténticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 632 del C. J. en relación con el 597, ordinal 3º ibídem, resulta "que Juan Rincón era distribuidor intermediario de las dos compañías (Compañía Productora de Derivados del Dulce, S. A. y Fábrica de Fermentadas **El Diamante**), el 31 de marzo de 1941"; que "los distribuidores o colocadores forman una especie de comisionistas para vender, a quienes la respectiva empresa otorga una comisión o margen de utilidad; que sus funciones estaban intervenidas y controladas por todos los gerentes de las empresas que suscribieron el convenio", (el contenido en la escritura pública citada), "en lo cual se descubre —agrega el Tribunal— la relación de subordinación o dependencia que los caracteriza como empleados particulares o dependientes de la respectiva empresa", y a este respecto dice textualmente el sentenciador: "Existe culpa presunta a cargo de la misma compañía, considerada comitente del distribuidor Juan Rincón Alonso quien, como ya se vio, dependía a la sazón de esa empresa, y al tenor de la doctrina del artículo 2347 y 2349 del C. J. Esa presunción es exactamente aplicable a la controversia, porque Rincón usaba el tanque en el momento del accidente en cumplimiento de sus funciones de distribuidor de los productos de la empresa demandada o de la empresa **El Diamante,** cuyo capital pertenece en parte a la Productora de Derivados del Dulce, S. A.; y en virtud de los principios civiles sobre obligaciones que se forman sin convención, la reparación de un hecho perjudicial imputable a dos o más personas debe ser ordenada por el total y en contra de aquellas personas cuya culpa presenta una relación directa y necesaria con el daño total, lo que ocurre con respecto a la compañía demandada en el presente juicio". También estima el sentenciador que existe culpa probada, directa, a cargo de la compañía demandada en el pleito (artículo 2341 del C. C.), porque ésta "a fuer de propietaria del vehículo y encargada de sus reparaciones, no ha debido otorgar voluntariamente el uso del tanque a nadie y menos de manera remunerada o en alquiler, en las condiciones pésimas de servicio como fue hallado el día del suceso. Si en ese acto de la compañía no se configura el verdadero abuso del derecho de propiedad, al menos es innegable que el dueño incurrió en lo que el Tratadista Josserand llama culpa negativa o de abstención, en virtud de que la ley civil (artículos 63 y 2341 de nuestro Código) instituye a cargo de ciertas personas, ciertas empresas como las de transporte, obligaciones positivas para el público, cuyo olvido e inobservancia asumen caracteres de culpa civil capaz de engendrar la consiguiente responsabilidad, principalmente cuando la cosa es susceptible de causar perjuicios a otro como ocurre con los vehículos de motor". Y más adelante agrega el Tribunal: "Los vicios o deterioros de un vehículo que causa un daño deben influir sobre la responsabilidad civil de su dueño o usuario, al tenor del artículo 2356 del C. C., y sus concordantes 2351 y 2060 ibídem. Por todos estos aspectos legales —concluye el sentenciador— se demuestra en consecuencia, el elemento de la acción civil de resarcimiento del daño, llamado en este caso culpa probada y presunta de la compañía accionada en el pleito".

En cuanto al perjuicio material de que se quejan los demandantes estimó el sentenciador "que reúne los requisitos legales para que sea indem-

nizable" pues encontró probado que la víctima señor González desempeñaba el día del accidente el puesto de almacenista de la fábrica Bavaria con sueldo de ciento cuarenta pesos ($ 140.00) mensuales, más una prima eventual pagadera de acuerdo con los índices del costo de la vida en Bogotá; que el señor González atendía con su sueldo a las necesidades domésticas de su esposa María del C. Peñuela de González, y de sus hijas Lucila, Inés y Ana Josefa González; pero que por no estar determinada la proporción y cantidad que habitualmente recibía cada una de ellas y por no haberse establecido la supervivencia probable de la víctima, la condena al pago de tales perjuicios materiales debía hacerse en abstracto, y reservar la fijación de su importe líquido al llegar el momento de la ejecución del fallo.

En cuanto al daño moral consideró el Tribunal "que es evidente", porque con las partidas de estado civil presentadas con la demanda y con las copias de los autos citados, proferidos en el juicio de sucesión del señor González, "se acreditan plenamente los vínculos de consanguinidad y afinidad que ligaban a la víctima con los actuales demandantes", y "nadie pone en duda —agrega el sentenciador— que la esposa y los hijos de una persona sufren intensamente y más de lo normal cuando la defunción de ella se causa en un accidente inesperado como el violento atropello que ocasionó la muerte del señor González"; y que en consecuencia los perjuicios morales subjetivos debían fijarse, "acordando a cada demandante una cantidad media entre el mínimo y el máximo que autoriza el artículo 95 del C. P."

Sobre perjuicios morales objetivados conceptuó el sentenciador que no era el caso de hacer pronunciamiento especial porque el proceso no arroja datos demostrativos de su existencia actual, cierta e independiente del perjuicio moral puramente subjetivo.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el demandante recurso de casación, el que por estar debidamente preparado se procede hoy a decidirlo.

Acusa el recurrente la sentencia nombrada por las causales indicadas en los numerales 1º y 2º del artículo 520 del C. J.; pero al paso de que en su alegato concreta los cargos que formula con fundamento en la causal primera no ocurre lo propio con la segunda que también invoca pues en la demanda de casación no se encuentran puntualizados ni menos desarrolados los cargos que pensó el recurrente formular con base en dicha causal. Concretárase, pues este fallo al estudio de la causal 1ª, de casación por los distintos aspectos en que se presenta.

Primer cargo — Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al no haberle dado a la confesión incluída en el interrogatorio de las posiciones pedidas por el demandante al demandado y a estas mismas posiciones el valor que les asignan los artículos 606 y 607 del C. J.; que incurrió en igual error al no darle valor probatorio a la declaración de Juan Rincón, según los artículos 696 y 704 del C. J. y, que por haber desestimado esas pruebas sobre el vínculo contractual entre Rincón y la compañía, quebrantó la sentencia el artículo 1.999 del C. C. que hace responsable de la culpa al arrendatario y aplicó mal por esta circunstancia el Art. 2.347 de la misma Obra al deducir que era la compañía y no Rincón el sujeto imponible.

Se considera:

Estudiando este cargo encuentra la Corte que ni el interrogatorio que se cita del pliego de posiciones, ni la confesión del demandado, ni la declaración de Juan Rincón justifican suficientemente la circunstancia alegada por la compañía demandada de que el camión-pipa número 7531 de su propiedad se encontrara el día del accidente dado en arriendo a Juan Rincón y que éste tuviera particularmente su disfrute o uso. En primer término porque en el interrogatorio contenido en la posición 13 folio 31 del cuaderno de pruebas número 2 del demandante, no afirma éste que el camión lo usara Juan Rincón a título de arrendatario y antes por el contrario, en todo el contexto de los interrogatorios contenidos en ese pliego de posiciones se observa que el demandante dice que Juan Rincón tenía el carácter de distribuidor de la sociedad demandada el cual elegía libremente la misma, lo vigilaba y controlaba pudiendo al mismo tiempo cambiarlo y despedirlo. Es, pues, en tal concepto, que como se comprende es distinto del de arrendatario, como los demandantes afirman en dicho pliego de posiciones que Rincón mantenía bajo su dependencia el camión en referencia.

De otro lado, sabido es que la confesión de una parte no puede entenderse como tal sino cuando manifiesta ser cierto un hecho que le perjudica

afirmado por la otra (artículo 604 del C. J.), y en el caso de autos la aseveración del demandado en posiciones, de que Rincón tenía el uso del camión por habérselo alquilado, lejos de constituir un hecho perjudicial en su contra le es beneficioso porque tiende nada menos que a exonerarse de la responsabilidad que se imputa como dueña y usufructuaria del camión, es decir sería una prueba en su favor y no en su contra. Luégo no existiendo la confesión de los demandantes que se dice contenida en el interrogatorio de las posiciones referidas ni constituyendo confesión la comentada aseveración del demandado, mal se han podido quebrantar por el sentenciador las disposiciones que el recurrente cita como violadas.

Por otra parte, el testimonio de Rincón, aún en el supuesto de que pudiera considerarse como testigo hábil, circunstancia que la Corte no entra a analizar por ser innecesaria, no constituye por sí solo plena prueba suficiente del contrato de arriendo invocado por la compañía (artículo 696 del C. J.).

Por lo expuesto se rechaza el cargo que se considera.

Sostiene también el recurrente que el sentenciador incurrió en eror de derecho y de hecho ostensible al interpretar mal la escritura 3.095 de 24 de diciembre de 1940 de la Notaría Segunda del Circuito de esta ciudad y que así vino a violar el artículo 2.397 del C. C. En relación con este punto se limita el recurrente a afirmar que la escritura en referencia no dice en ninguna parte que los distribuidores sean agentes o comisionistas de la compañía y que su actividad económica está desligada de las mismas; pero habiendo deducido el Tribunal con base, entre otras pruebas, de la escritura mencionada que los distribuidores forman una especie de comisionistas para vender, que reciben una comisión o margen de utilidad, que sus funciones estaban interferidas y controladas por los gerentes de la empresa y que de allí "se descubre la relación de subordinación o dependencia que los caracteriza como empleados particulares o dependientes de la respectiva empresa", la simple aseveración del recurrente de que antes se ha hecho mérito no es suficiente para la prosperidad del cargo porque era de su deber no sólo alegar sino también demostrar el error de hecho ostensible y manifiesto en que incurrió el Tribunal y la consiguiente violación de la ley sustantiva por ese motivo. "Cuando se alega un error de derecho, —ha dicho la Corte—, fundado en uno de hecho no puede prosperar la acusación sin demostrar el error de hecho". (Casación, 30 de mayo de 1931, G. J. números 1880, página 120).

Además, no es sólo de la estimación de la mentada escritura pública de donde el Tribunal ha deducido la condición que le asigna a Rincón como distribuidor, dependiente o empleado de la empresa demandada, pues también la ha desprendido del certificado de la Administración de Rentas de Cundinamarca que cita en la sentencia y esta omisión en atacar dicha prueba se opone también a la prosperidad del cargo que se considera, pues la convicción del sentenciador procede del estudio de ambas pruebas acumuladas y es la resultante de unir y coordinar esos mismos elementos probatorios.

En todos los aspectos del cargo que se ha analizado se ve que el recurrente aspira a destruir la conclusión del sentenciador sobre existencia de culpa presunta a cargo de la empresa demandada; pero son postulados de ley y de doctrina, cuya evidencia ya casi nadie discute —y que por cierto en este recurso no se controvierten— que las personas, sean naturales o morales, responden civilmente no sólo por culpa indirecta o presunta sino también por culpa directa probada en razón de los hechos u omisiones dañosos que ejecutan, y el sentenciador fuera de la culpa presunta que con fundamento en los artículos 2.347 y 2.349 del C. C., deduce a cargo del demandado, le imputa también al mismo, con base en los artículos 63 y 2.341 del C. C., como ya se vio arriba el transcribir los fundamentos de la sentencia acusada, de culpa directa probada, y este fundamento de la sentencia, que no ha sido atacado en casación sería suficiente por sí solo para sostenerla aunque hubieran prosperado los cargos del recurrente que se han analizado.

Segundo cargo — Estima el recurrente que el Tribunal de Bogotá en la sentencia acusada incurrió en error de derecho y en evidente error de hecho al valorar las pruebas sobre el estado civil de las demandantes señoras Peñuela y González Salgar, por estos extremos: Al darle valor de plena prueba a la partida eclesiástica de Carmen Peñuela, con violación del artículo 18 de la Ley 92 de 1938; al darle valor probatorio a esa partida inscrita extemporáneamente, con violación de los artículos 281, 407 del C. C. y 52 del Decreto 1003 del 10 de mayo de 1939; al dar pro-

bado el matrimonio de Antonio María González y Juana Julia Salgar sin prueba alguna y con violación de los artículos 113, 346, 347, 364 del C. C. y 9º de la Ley 92 de 1938; al admitir a la demandante Inés González Salgar la personería sustantiva de hija legítima de Antonio María González, con violación del artículo 6º de la Ley 57 de 1887; por haber incurrido en esos errores reconoció sin derecho alguno perjuicios morales y materiales a las señoras Peñuela y González, aplicando cuando no era el caso los artículos 2.341, 2.349, 2.356 del C. C. y 95 del C. P. y que al darle valor probatorio a las copias expedidas por el Juzgado Segundo del Circuito allegadas del juicio de sucesión de Antonio María González, que no perjudican a terceros, el Tribunal por ese extremo dejó de aplicar el artículo 248 de la Ley 105 de 1890.

Se considera:

Como se ve con la lectura de los alegatos de primera y segunda instancia la parte recurrente en ningún momento alegó u objetó en contra de las partidas de origen eclesiástico sobre estado civil que se trajeron al proceso, ni en contra de las providencias traídas en copias al juicio que reconocieron a las demandantes la calidad de herederas de Antonio María González en el juicio sucesorio del mismo. Es decir, el demandado no discutió en las instancias sobre que de tales elementos se desprendiera o no la condición de herederos de los actores ni formuló objeción alguna sobre la naturaleza y calidad de las mismas pruebas. Por consiguiente formula ahora en casación un cargo sobre el cual no controvertió en las instancias del juicio, el que viene a constituir por ello un verdadero medio nuevo, inadmisible en casación.

En numerosas decisiones la Corte ha sostenido que es doctrina jurídica, que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación, y que ha sido establecida en numerosos fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que con ocasión de él no pueden introducirse medios nuevos, o sea traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate. (Casación, marzo 29 de 1933, G. J. número 1.824).

Sin embargo de que por la razón expresada habría motivo más que suficiente para rechazar el cargo, no obstante la Corte para mayor abundamiento considera las cuestiones que plantea el recurrente, o sean: Que la partida de matrimonio de la señora Peñuela por ser posterior a la Ley 92 de 1938 es una prueba supletoria; que la incorporación de ella en los libros eclesiásticos debió hacerse de acuerdo con el procedimiento para tales efectos señalado en el C. C., y en el Decreto 1003 citado por el recurrente; que la partida de bautismo de Inés González Salgar y la copia de la declaratoria que de heredera de Antonio María González le hizo el Juzgado Segundo del Circuito de esta ciudad no comprueba su calidad de hija legítima del señor González por no haberse traído la partida de matrimonio de éste con la señora Salgar. A este respecto se observa:

Primero. — Que conforme lo establece el artículo 18 de la Ley 92 de 1938 sólo se tienen como pruebas principales de estado civil respecto de nacimientos, matrimonios, etc., que se verifiquen con posterioridad a la vigencia de aquella las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil expedidas por los funcionarios de que trata dicha ley; pero como el mismo texto lo expresa, ello se prescribe de los actos mencionados "que se verifiquen con posterioridad" a la vigencia de la ley; mas en ningún caso con respecto a los celebrados con anterioridad a esa época. Y aunque la partida en mención parece incorporada a los libros eclesiásticos después de que comenzó a regir dicha ley, no es menos cierto que el matrimonio se celebró en 8 de mayo de 1925, es decir, con mucha anterioridad a esa vigencia. Por tal razón es obvio que esa prueba tiene el carácter de principal de conformidad con lo que se preceptúa en los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 del mismo año.

Segundo. — No comparte la Corte el concepto del recurrente de que la incorporación de la misma partida en los libros eclesiásticos debiera hacerse conforme a las reglas que indican los artículos del C. C. y del Decreto 1003 que cita el recurrente porque sabido es que la legislación canónica, que es independiente de la civil, debe ser solemnemente respetada por las autoridades (artículo 16, Ley 153 de 1887) y que aquella regula la manera como deben cumplirse los actos de subsanación de errores, y omisiones de partidas de origen eclesiástico. (Decreto de 1927, Conferencia Episcopal Colombiana). A este respecto la Corte dijo en sentencia de 15 de diciembre de 1941: "Si, pues, como se ha visto y demostrado, las actas del estado civil de las personas, civiles y ecle-

siásticas, son de distinto origen; se levantan por distintos procedimientos, y son hasta de naturaleza diferente, coincidiendo únicamente en su valor probatorio, las disposiciones civiles y en especial las consignadas en los artículos 372 a 384 del C. C., no son aplicables a las actas de origen eclesiástico, de la misma manera que las disposiciones canónicas sobre actas del estado civil, no son aplicables a las partidas de origen civil. De donde se concluye que la omisión de una partida eclesiástica y su incorporación en el libro respectivo no se subsana por el procedimiento establecido en el artículo 381 del C. C., sino por las respectivas disposiciones de origen eclesiástico". (G. J., Tomo LII, número 1.981, página 844).

Tercero. — Alega el recurrente que el Tribunal ha dado por probado el matrimonio entre Antonio María González y Juana Julia Salgar y la consiguiente calidad de hija legítima de éstos de la demandante Inés González Salgar sin prueba alguna, lo cual no es evidente, pues la sentencia afirma que ello se "acredita plenamente" "con las partidas de estado civil presentadas con la demanda y las copias de los autos", cuyas fechas cita preferidos en el juicio de sucesión de Antonio María González. Entonces, es obvio que el recurrente ha debido acusar esta deducción o conclusión de la sentencia, por error de hecho manifiesto y de derecho en la apreciación de dicha prueba, alegándolos y demostrándolos al mismo tiempo, cosa que no ha hecho. Por estas solas consideraciones se impone el rechazo del cargo en estudio.

Además, como en el presente juicio no se discute sobre el estado civil de las personas, considera la Corte que las pruebas que tuvo en cuenta el sentenciador para determinar la personería de Inés González Salgar como hija legítima de Antonio María González y Juana Salgar son suficientes para ese efecto, como así lo ha admitido esta corporación en casos análogos al presente según sentencia de casación de 23 de agosto y 30 de septiembre de 1932, cuyas partes pertinentes se transcriben en seguida a manera de réplica en contra de la tesis del recurrente:

"Para que haga fe en juicio el auto en que se hace una declaración de heredero, no ha establecido la ley condiciones especiales, como por ejemplo, la requerida para que una sentencia preste mérito ejecutivo. Para ello basta que la prueba se produzca con arreglo a lo preceptuado en los artículos 679 y 686 del Código Judicial, según lo establece el artículo 681 ibídem. Si la parte a quien tal prueba perjudica no demuestra que el referido auto no está ejecutoriado o en el curso del juicio no se ha planteado esa cuestión, ni se ha objetado la personería de quien comparece haciéndose valer el carácter de heredero que acredita con esa prueba, no puede acusarse por error de derecho en la apreciación de ella el fallo del Tribunal que en ello se ajusta a las normas legales aquí citadas". (Casación, agosto 23 de 1930, Tomo XXXVIII).

"Ahora, no es admisible la tesis del recurrente, de que la declaración de heredero hecha por el Juez no sirve para establecer la personería de los demandantes, porque en tal declaración se dijera que las personas así reconocidas son herederos testamentarios, no habiendo testamento, no sólo porque tal reconocimiento se hizo con apoyo en las actas de nacimiento de las personas a que se refiere la escritura pública en que Mariano Parras C. tuvo como hijos naturales suyos a los hijos de María Ruiz y Purificación Cruz, sino porque tal declaración sumaria hay que respetarla mientras no se pruebe lo contrario, no tratándose de controversia en que se discuta la calidad de heredero en competencia con herederos de mejor derecho, como sería en acción de petición de herencia. Así lo ha resuelto la Corte, como se ve, entre otras, en la sentencia de 26 de marzo de 1912". (Casación 30 de septiembre de 1932, Tomo XL, pág. 554, 2ª).

Se rechaza, pues, definitivamente el cargo en estudio.

Tercer cargo.—Alega el recurrente que estando acreditado que, Antonio María González era empleado de Bavaria; que por ministerio de la ley esta empresa debía el seguro de vida del damnificado; que las demandantes tenían el carácter de beneficiarias del seguro de vida de González, quien murió estando en servicio en la misma empresa; que las demandantes recibieron de ésta la suma correspondiente al seguro de vida y que habiendo el Tribunal condenado a la Compañía demandada a reparar íntegramente los daños materiales sin deducir las sumas recibidas por concepto del seguro de vida, se llegaría por no haberse apreciado esos hechos y circunstancias, a una injusta e injurídica dualidad en la reparación de los perjuicios con quebranto de los principios consagrados en los artículos 1604 y 1613 del C. C. y 8º de la Ley 153 de 1887, al reconocer a las demandadas (sic) derecho a

cobrar a la Produlce y a Bavaria doble indemnización por la misma causa.

La Corte considera:

El cargo cuya síntesis acaba de hacerse envuelve una cuestión que no fue debatida ni planteada en ninguna de las instancias del juicio, y que por ello constituye un medio nuevo, inadmisible en casación según así lo ha resuelto la Corte en reiterada y uniforme jurisprudencia.

Además el cargo carece de todo fundamento, pues basta considerar al efecto que las dos obligaciones, la de pagar el seguro de vida del empleado que ha fallecido al servicio de una empresa, y la de cubrir las indemnizaciones que se causan por razón de la misma muerte en un accidente de tránsito, son independientes entre sí, como que provienen de causas distintas; la primera nace del seguro de vida impuesto por las leyes sociales con cargo a la empresa en la cual servía el empleado perecido, y la segunda se deriva de la culpa extracontractual imputada por la ley a la otra persona responsable del accidente. Son pues dos obligaciones diferentes, a cargo de dos deudores distintos, aunque en favor de un mismo acreedor, los herederos del empleado o de la víctima; y aquél tiene el claro derecho de exigir el cumplimiento de ambas en su integridad de las personas obligadas.

En relación con esta interesante cuestión jurídica planteada por el recurrente sobre si las demandantes tienen o no derecho para exigir al tiempo las dos prestaciones referidas en el párrafo anterior, y que como se ha visto la Corte deja resuelta afirmativamente, los calificados expositores de derecho civil Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga opinan sobre el mismo tema lo siguiente:

"Consecuencia de que el seguro de vida no sea un contrato de indemnización es que el valor del seguro de vida es acumulable con la indemnización a que la víctima tiene derecho por el delito o cuasidelito y no podría el autor del hecho pretender que el valor de ese seguro se impute a la indemnización o que se le rebaje del valor que corresponde a la misma". (Curso de Derecho Civil, Tomo IV, pág. 915).

Los antecedentes que cita el recurrente de algunas sentencias proferidas por la Sala de Negocios Generales con motivo del accidente de aviación de Santa Ana, son totalmente inconducentes para el caso que aquí se deja analizado pues en ellas lo que se ordenó fue descontarles a los interesados del pago que la Nación debía hacerles a título de indemnización, las sumas que ya éstos habían recibido de aquélla como auxilio, por razón del mismo accidente, y por fuerza de que así lo dispuso el parágrafo del artículo 1º de la Ley 100 de 1938. Como se ve los casos y las circunstancias son completamente diferentes.

Se rechaza, pues, el cargo.

Cuarto cargo

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al condenar a la sociedad demandada, con aplicación del artículo 95 del C. P., a una reparación de perjuicios en cuantía mayor de dos mil pesos ($ 2.000) porque estima que no puede traspasarse el límite señalado en la citada disposición, cualesquiera que sean las circunstancias y para demostrarlo así, invoca en su favor lo dicho por la Corte en sentencia de 20 de octubre de 1942.

Se considera:

Con respecto al sistema que haya de seguirse en materias civiles en la ponderosa tarea de la reparación del daño moral subjetivo ya la Corte tiene sentada doctrina uniforme en sus dos salas de Casación Civil y de Negocios Generales, sobre la cual no hay controversia en este negocio. Están sintetizados sus fundamentos en el siguiente pasaje de la sentencia de 6 de noviembre de 1942, que esta Sala reproduce y acoge como propios:

"El carácter propiamente subjetivo del daño moral no puede estructurarse y demostrarse en el proceso en su cuantía y en sus proyecciones económicas, al igual del objetivo o material. Así es imposible esperar que un padre o una madre que reclaman el derecho justo a ser indemnizados por la muerte de un hijo, acrediten la magnitud de su dolor. La aflicción en tal caso es un hecho que dimana de la propia naturaleza del hombre y por eso su consideración se impone al Juez con alcances de certidumbre".

"Ahora ante el hecho imposible de la avaluación del daño moral subjetivo, por el procedimiento común, se impone, como también lo tiene establecido esta Sala de la Corte y la de Casación en recientes sentencias, adoptar un sistema más racional de darle una compensación a quien lo sufre. Sistema que no es otro que el que señala el artículo 95 del Código Penal y que es el que ha venido aplicando la Corte". (G. J. Tomo LVII).

Además es cierto lo que alega el recurrente que esta Sala de Casación ha sostenido, como

puede verse en la sentencia de 20 de octubre de 1942, que en la tasación de los perjuicios morales no puede pasarse del límite de dos mil pesos señalados en el artículo 95 del C. P., sea que se trate de uno o varios damnificados, considerando que ese es un límite rígido y que no se vé cómo el dolor puede parcelarse para dar a cada demandante el precio de ese dolor. Y también es evidente, como lo alega el opositor, que la Sala de Negocios Generales, en numerosos fallos, entre los cuales cita los de 10 de marzo y 13 de diciembre de 1943, ha sentado la tesis de que el límite señalado en el artículo 95 citado es rígido solamente en relación con cada lesionado y que cuando son varios la condena global por razón de esa clase de perjuicios puede traspasar dicha cantidad si de la suma de las distintas reparaciones prudencialmente señaladas por el Juez a cada demandante dentro del límite fijado en el artículo 95, diere ese resultado.

Se está pues en presencia de dos interpretaciones diferentes de un mismo texto legal hechas por la Corte en dos de sus Salas, cosa ésta que aun cuando es de usual ocurrencia en tratándose de la difícil y escabrosa tarea de la interpretación de la ley, no por eso deja de ser fuente de una desorientación completa para los administradores de justicia e inclusive para los litigantes, por lo cual es aconsejable buscar una unificación de criterio al respecto, y con tanto mayor razón cuanto que se encuentran fundamentos legales que determinan la modificación parcial de la interpretación sostenida por esta Sala.

En efecto el artículo 95 del C. P. dice lo siguiente: "Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00)".

Reparando sobre esa disposición legal se observa que el límite máximo de reparación fijado en ella, es para "la indemnización que corresponda al ofendido" como lo reza claramente el texto; lo cual está significando, al usarse esa expresión en singular, que cuando son varios los ofendidos a cada uno debe asignársele la correspondiente indemnización pero sin pasar para éste de la cantidad indicada en dicho artículo.

Si es evidente que el principio de que a cada persona perjudicada y ofendida con un hecho u omisión debe indemnizársele en su totalidad y hasta donde las circunstancias lo permitan el perjuicio que se le haya causado y si el quebranto o lesión del patrimonio efectivo constituye en quien lo padece una entidad jurídica propia e independiente, la tesis que esta Sala ha sentado antes, muy fácilmente conduciría a extremos que llevaran al desconocimiento de aquel principio fundamental, pues bien podría darse el caso que existiendo varios damnificados por un solo hecho que demandaren en distintas oportunidades y por cuerda separada, el primero que lograra la decisión de su causa pudiera obtener, dentro del criterio prudencial que guiara al juez, una suma hasta de dos mil pesos como reparación o satisfacción por el perjuicio moral subjetivo sufrido, y entonces resultaría que como ya se decretó en favor de ese ofendido el pago de la suma a que según la doctrina de esta Sala podía llegarse como máximo por el concepto expresado, los otros damnificados sufrirían un quebranto sin recibir la correspondiente prestación o satisfacción pecuniaria a que en principio tenían justa razón, lo que aparece contrario al principio fundamental de derecho arriba invocado.

Entonces resulta como la interpretación más conforme con el texto claro del artículo 95 tantas veces citado, la que admite al aplicar éste en lo civil para el efecto de regular el daño moral subjetivo que el límite fijado por esa disposición es rígido y no se puede traspasar por el juzgador al fijar el **pretium-doloris**, pero con la aclaración de que la compensación o, mejor dicho, la reparación para cada demandante u ofendido puede fijarla prudencialmente el Juez hasta el límite máximo señalado en dicho artículo.

Por las anteriores consideraciones se rechaza el cargo.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia— Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 3 de marzo de 1944.

Las costas son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PARA PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

La Ley 21 de 1931, por medio de la cual se adicionó y reformó la 62 de 1928, obedeció a la conveniencia de impedir el fraude que a ésta se hacía por personas no autorizadas para el ejercicio profesional, utilizando el sistema de hacerse ceder los derechos, litigiosos o no, para comparecer como litigando en causa propia. De ahí por qué se dispuso que quien litigara en asuntos civiles con el carácter de cesionario de un crédito, litigioso o no y cedido a cualquier título, debía ofrecer juramento en su demanda sobre su verdadera calidad de dueño del derecho, debiendo expresarlo cuando lo hiciera como mandatario, para que en este caso el Juez, oficiosamente, le desconociera la personería.

Así, pues, el artículo 18 de aquella ley, siendo una disposición meramente adjetiva, no da base al recurso de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Son antecedentes originarios de este litigio: Santiago Ospina A. y Juan B. Castaño fueron partidores de las sucesiones acumuladas de José María Sierra y Zoraida Cadavid de Sierra y en ese carácter presentaron al Juez 4º Civil de este Circuito su cuenta de partición el 31 de enero de 1927, en la cual figura la siguiente partida de la "Hijuela de Gastos comunes":

Para pagar a los suscritos partidores el valor de sus honorarios y para que atiendan al pago de los gastos de la secuela del juicio de sucesión, impuesto de registro, protocolización y gastos notariales, papel sellado, registro de las hijuelas, etc., se destina y se les entrega por el valor de inventarios de las existencias actuales de ganados en Antioquia, la suma de cuarenta mil pesos..... $ 40.000". (La partida del inventario monta $ 70.950.01).

Incidentes de objeciones que a su término procedimental fueron declarados infundados demoraron la aprobación del trabajo partitivo y la realización de las adjudicaciones, de tal modo que sólo al cabo de cerca de cuatro años desde su presentación vino a ser aprobada, según sentencia de esta Corte del 10 de octubre de 1930. Mientras tanto, y en vista de la dificultad en que se hallaban los albaceas, según su dicho, para la administración adecuada de los ganados que se encontraban en Antioquia, cuyo valor estaba ya distribuído en la partición presentada, en su carácter de albaceas vendieron y entregaron las tres cuartas partes de esos semovientes a Bernardo Jaramillo Sierra y a otro que se obligaron, como deudores solidarios de su precio.

Esta venta fue hecha el 9 de octubre de 1927 y consta en documento de esa fecha, suscrito por Joaquín Jaramillo Villa y Bernardo Jaramillo Sierra, que interesa transcribir. Dice:

"Conste por el presente documento que nosotros, a saber: Joaquín Jaramillo Villa y Bernardo Jaramillo Sierra, mancomunada y solidariamente, ambos mayores de edad y vecinos de Medellín debemos y pagaremos a los señores General Juan B. Castaño y doctor Santiago Ospina A., en su carácter de albaceas de la sucesión de la señora Zoraida Cadavid de Sierra y de apoderado de la sucesión de don José María Sierra S., según poder que se les otorgó por escritura número 1150 de 19 de julio de 1922 de la Notaría 2ª de Bogotá, ambos mayores y vecinos de esta última ciudad, la cantidad de $ 72.000 oro colombiano acuñado a la ley y tipo actuales, procedentes del valor de las tres cuartas partes de las existencias de semovientes que las mencionadas sucesiones tienen en la actualidad en las fincas rurales del departamento de Antioquia. Sobre dicha cantidad reconoceremos un interés del 6% anual que se liquidará y pagaremos por mensualidades vencidas, pago que efectuaremos en la ciudad de Bogotá en las oficinas de las sucesiones aludidas. El presente contrato principia a regir desde el día 1º de noviembre del presente año y como los ganados o sus valores están destinados parte al pago de parte de algunas hijuelas y parte al pago de algunas deudas de la mortuoria, los deudores se comprometen a efectuar el pago de la mencionada suma de $ 72.000 oro colombiano acuñado, para el día

y fecha en que los mencionados albaceas hayan de cumplir la obligación de entregar a los asignatarios los bienes de sus hijuelas, pero debe dárseles aviso con sesenta días de anticipación..."

La partición herencial fue aprobada judicialmente en sentencia del 17 de abril de 1929, y con la protocolización del juicio sucesoral doble, verificada por escritura número 315 del 30 de marzo de 1931, en la Notaría 3ª de este Circuito, finalizaron completamente las sucesiones Sierra y Cadavid de Sierra.

Juan B. Castaño cedió a favor de Francisco J. Castaño los derechos que le correspondían en el crédito constante en el documento del 9 de octubre de 1927, en su "carácter de asignatario de parte de los ganados de Antioquia, en las sucesiones de José María Sierra y Zoraida Cadavid de Sierra".

Con apoyo en estos antecedentes, y considerando que le corresponde la mitad de la adjudicación a los partidores, atrás copiada, con derecho a beneficiarse del mayor precio de la venta de los ganados, Francisco J. Castaño, por medio de apoderado, en libelo de fecha 1º de diciembre de 1941, repartido al Juzgado 1º Civil de este Circuito, demandó a Bernardo Jaramillo Sierra para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare:

"a) Que como cesionario del General Juan B. Castaño, asignatario que fue de una cuota de los ganados existentes en el Departamento de Antioquia y que le fueron adjudicados, soy dueño de una cuota equivalente a la suma líquida de $ 27.060 en el crédito a cargo del señor Bernardo Jaramillo Sierra y otro, que consta en el documento privado de fecha 9 de octubre de 1927 y que representa el precio de las tres cuartas partes de los referidos semovientes; b) Que el señor Bernardo Jaramillo Sierra debe pagarme en Bogotá, como consta en el documento de crédito, y dentro del término que usted le señale, la cantidad de $ 27.060 con los intereses correspondientes, a la rata del 1% mensual, desde el 1º de abril de 1931, hasta el pago de la deuda; c) Que el deudor debe pagar las costas del juicio, si lo afronta".

Con la oposición del demandado a las pretensiones del actor y su negación de los hechos fundamentales, se surtieron los trámites del primer grado del juicio que finalizó con la sentencia de 17 de octubre de 1942 en la cual se declaró no ser el caso de hacer ninguna de las declaraciones pedidas en la demanda por carecer el actor de la personería sustantiva para exigirlas. Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación que oportunamente interpuso contra esta decisión el apoderado del actor elevó el conocimiento del negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se surtió la segunda instancia que finalizó con la sentencia del 5 de mayo de 1944, en la cual se revocó la recurrida y en su lugar se declaró que el demandante, como cesionario de Juan B. Castaño, es dueño de la cúota equivalente a la suma de $ 27.060 en el crédito a cargo del demandado Jaramillo Sierra en el que están hoy representados los ganados en Antioquia pertenecientes a las sucesiones Sierra y Cadavid de Sierra una cuota de los cuales le fue adjudicada al cedente, y se condena al demandado, como deudor solidario, a pagar al actor, la expresada cantidad y sus intereses pactados al 6% anual desde el 1º de noviembre de 1927 hasta el 1º de abril de 1931 y desde esta fecha en adelante, hasta el día del pago, a la rata del 1% mensual. Se condenó al demandado, además, al pago de las costas de ambas instancias.

En su exposición de motivos se aparta el Tribunal del planteamiento que el Juzgado del Circuito dio al problema del pleito y que lo llevó a desconocer la personería sustantiva del actor por razón de que habiendo sido ganado o semovientes la cosa adjudicada en la partición y no existiendo la especie sino un crédito adquirido por la sucesión representada por los albaceas, el derecho de pedir o personería para demandar el pago radica es en los herederos y no en los adjudicatarios del ganado quienes no pueden por sí realizar la subrogación. Para el Tribunal la acción que se ha intentado en este caso es la que corresponde al adjudicatario en una partición para que le sea pagada la cuota que le fue adjudicada en el valor de una especie y está bien dirigida contra quien debe su precio por haberla comprado. Los semovientes de propiedad de las sucesiones acumuladas fueron inventariados entre los bienes relictos, pero lo adjudicado en la partición fue su valor sobre el precio con que fueron enlistados. De aquí deduce la sentencia que no hay base para hablar, refiriéndose a la deuda del demandado, de un crédito que no fi-

guró en la partición herencial, que debía dar lugar a inventario y distribución adicionales y cuya propiedad corresponde a la sucesión ilíquida en esta parte, representada por los herederos. No se trata de bien ignorado, ni dejado de inventariar, ni existe subrogación, ni los herederos podrían demandar el pago de un crédito que no les pertenece por haber sido adjudicado en cuotas su valor total. Respecto de la cuantía de la deuda estimó el sentenciador que habiéndose adjudicado a los partidores Castaño y Ospina $ 40.000 sobre un avalúo de $ 70.950 de los ganados, había que conservar la proporcionalidad sobre el mayor precio en que fueron vendidos con base en la mitad para cada uno. Y por lo que hace a la fecha en que debía hacerse el pago, considera la sentencia que el documento contentivo de la obligación tiene plazo determinado para hacerlo en forma que no había lugar al requerimiento judicial para la constitución en mora y exigibilidad de la deuda como se desprende de los términos mismos de la estipulación contractual.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, resumida así en sus fundamentos jurídicos, interpuso la parte demandada el recurso de casación, que debidamente admitido y tramitado se decide hoy.

La acusación se apoya en la primera de las causales legales de casación (artículo 520 del C. J.) y se formulan contra la sentencia los siguientes cargos por violación de ley sustantiva:

a) El Tribunal violó los artículos 666, 1008, 1392, 1394, 1400, 1406, 2136 (sic) y 2488 del C. C. como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió al apreciar el documento del 9 de octubre de 1927 y el acto de partición herencial al decretar lo pedido por el actor, porque es evidente que Castaño y Ospina no intervinieron en la celebración del contrato de venta de los ganados en su condición personal sino con el carácter representativo de albaceas y apoderados sucesorales, de tal manera que el crédito fue adquirido por las sucesiones o universalidades de los causantes fallecidos, y así, si no se pagaba la deuda, los albaceas podían exigir su cumplimiento pero para la herencia y no en nombre propio y con carácter personal. Porque no es exacta la afirmación de la sentencia de que el valor del ganado fuera lo partido y no el ganado mismo que fue lo adjudicado, de modo que es equivocado decir que a quien corresponde la cosa corresponde su valor, pues el ganado adjudicado ya no existía cuando la partición fue aprobada, y el crédito por su valor, perteneciente al acervo herencial, tenía que ser distribuído en la partición para que pudiera pertenecer a sus adjudicatarios, y tal crédito no ha sido inventariado ni menos distribuído. Mientras esto no se haga en partición adicional el interés exclusivo de los herederos sobre este crédito es incuestionable. Y no ha demostrado, por lo demás, el actor, con la rendición de cuentas correspondiente, que parte siquiera de la suma asignada para gastos fuera invertida realmente en beneficio de la sucesión.

Se considera:

Las existencias de semovientes en Antioquia de las sucesiones dobles de que se trata, cuya apreciación ascendió a la suma de $ 70.950, aparecen distribuídas en su totalidad, con destino a las hijuelas de diversos asignatarios, en el trabajo de partición judicial verificado por los partidores Castaño y Ospina y aprobado, como ya se vio, por sentencia ejecutoriada. Para la decisión del presente recurso sólo interesa la adjudicación que en tales ganados se hizo en común de "la suma de $ 40.000" para pagar a los partidores el valor de sus honorarios y para que atendieran a los gastos hasta finalizar y protocolizar el juicio sucesorio, y dentro de esta adjudicación común, la de $ 20.000, o sea la mitad correspondiente al partidor Castaño, hoy de su cesionario Francisco J. del mismo apellido. Este este el interés que delimita la jurisdicción de la Corte y que señala la finalidad de las consideraciones fundamentales que se hagan. Y al lado de esta base de la sentencia no está fuera de lugar la reflexión que a su vez determina la finalidad de la litis, vinculada a una prueba aducida con la demanda y no contradicha en el desarrollo del litigio, de que el demandado no niega la deuda, sino que sólo busca, con el seguimiento de este juicio, que la autoridad judicial determine el acreedor de su obligación para el efecto de pagarla legítimamente.

El argumento esencial de la acusación, coincidente con la motivación del fallo de primer grado cuyo imperio de pretender revivir (sic), es el de que habiendo intervenido Castaño y Ospina en la celebración del contrato con el demandado

(del 9 de octubre de 1927), en su condición de albaceas y en representación de la sucesión, como textualmente se dijo en el documento, el crédito se adquirió para la herencia y no habiéndose distribuído éste ni adjudicádose parcialmente al partidor Castaño, su cesionario ningún derecho tiene para demandar su pago como lo ha hecho.

Los cargos que de esta consideración básica se desprenden se apoyan exclusivamente en el significado jurídico de las palabras y sobre él se desarrollan teóricamente en una serie de conclusiones lógicas, que pierden su fuerza demostrativa al confrontarlas con la realidad procesal y buscar el alcance de los términos usados en presencia de los hechos que rodearon la celebración del contrato. En efecto; la partición da testimonio de que a sus autores, por concepto de honorarios y gastos pendientes hasta la protocolización del juicio, se les adjudicó "la suma de $ 40.000", tomada del valor de los ganados pertenecientes a la herencia y existentes en el departamento de Antioquia. No es exacto decir que la adjudicación fue en especie como si se hubiera hecho de tantas cabezas de ganado, con tales características. La justificación y legalidad de esta adjudicación no es cosa cuyo examen esté sometido a la justicia. Así está escrito en la partición aprobada judicialmente, y este acto no se ha atacado en ninguna forma. No hay duda de que por virtud de la distribución que se hizo legalmente en el acto partitivo Juan B. Castaño adquirió la propiedad de su parte en la suma adjudicada en la forma y con la imputación ya vistas. Su título es esta adjudicación. La celebración del contrato de venta de las dos terceras partes de los ganados antioqueños cuyo valor estaba ya distribuído y adjudicado en la partición, venta que se hizo, como se ha explicado satisfactoriamente en el proceso, para obviar dificultades de administración lejana, no alteró la situación jurídica que respecto de la distribución del valor de tales semovientes estaba ya hecha en la partición y quedó así definitivamente por efecto de su aprobación judicial. Castaño y Ospina vendieron como albaceas porque no podían hacerlo en otra forma pendiente como estaba la aprobación de la partición, pero lo hicieron especialmente en su condición de partidores testamentarios en caso autorizado para la acumulación de estas calidades y con el objeto expresamente declarado de dar cumplimiento a la distribución partitiva del valor del ganado vendido. Así está inequívocamente entendido en el contrato del 9 de octubre, cuyas estipulaciones son la ley de preferente aplicación en esta controversia sobre su cumplimiento. Allí los compradores se obligaron a pagar, en el plazo estipulado, precisamente para que los albaceas-partidores pudieran dar cumplimiento a la distribución del valor de los semovientes en la forma consignada en la partición, pagando las hijuelas y deudas de la mortuoria, entre éstas la correspondiente a la suma adjudicada a los partidores. Fue con vista de la partición como se contrató. Así se estipuló nítidamente cuando se escribió en el documento: ".....El presente contrato principia a regir desde el día 1º de noviembre del presente año y como los **ganados o sus valores** están destinados parte al pago de parte de algunas hijuelas y parte al pago de algunas deudas de la mortuoria, los deudores se comprometen a efectuar el pago de la mencionada suma.... para el día y fecha en que los mencionados albaceas hayan de cumplir la obligación de entregar a los asignatarios....." En estas condiciones, el albaceazgo propiamente dicho, fenecido ya con la liquidación sucesoral, ningún papel juega en el análisis de la cuestión litigiosa. Ni hay base ni razón tampoco para afirmar la existencia de un crédito a favor de la sucesión ilíquida por concepto del precio del ganado que habría necesidad de inventariar y partir adicionalmente entre los herederos para adquirir derecho a él, porque la verdad visible es que esos semovientes o sus valores figuraron entre los bienes relictos y fueron objeto de adjudicación total en la distribución del acervo herencial.

Inútil del todo el reparo que se hace a la sentencia, consistente en que el albacea Juan B. Castaño no ha demostrado que hiciera gastos en beneficio de la sucesión ni ha acreditado su monto con la correspondiente rendición de las cuentas de su mandato y que por tanto carece de derecho para cobrar la suma que a ese título y con ese objeto se le adjudicó en la partición, porque esta cuestión no debatiéndose en este juicio con los herederos sino tratándose del cumplimiento de una obligación generada en un contrato de venta, nada tiene qué ver con la prestación demandada. Por lo demás, la obligación de rendir cuentas no la debe el actor al demandado, quien por tal motivo no puede configurar con ella una excepción para inhibir la demanda de pago.

Teniendo en cuenta, pues, los términos precisos en que se hicieron las adjudicaciones de los referidos semovientes en la partición y la manera y propósito con que a este acto se vinculó expresamente y sin ninguna ambigüedad el contrato del 9 de octubre de 1927, claramente se ve que el Tribunal no incurrió en ningún error al apreciar en la forma en que lo hizo la partición ni el documento contentivo de la compraventa, y por tanto, se rechaza el primer cargo.

b) Viola la sentencia el artículo 18 de la Ley 21 de 1931 porque dejó de advertir que en este caso el cesionario no ha jurado ni declarado que está listo a jurar que el derecho fue adquirido con causa justa y que tiene objeto lícito, y este "precepto impone a los Jueces el deber de desconocer aun de oficio la personería de quien pretenda hacer efectivo un crédito cedido, respecto del cual no se haya cumplido aquel requisito".

Se considera:

Con olvido o desvío de la naturaleza y finalidad de la disposición que se pretende quebrantada por el Tribunal se formula este cargo contra la sentencia acusada. Tal precepto hace parte, en efecto, de la Ley 21 de 1931, por medio de la cual se adicionó y reformó la 62 de 1928, que reglamentó el ejercicio de la abogacía, y su expidición obedeció a la conveniencia de impedir el fraude que a aquélla se hacía por personas no autorizadas para el ejercicio profesional, utilizando el sistema de hacerse ceder los derechos, litigiosos o no, para comparecer como litigando en causa propia. De ahí por qué se dispuso que quien litigara en asuntos civiles con el carácter de cesionario de un crédito, litigioso o no y cedido a cualquier título, debía ofrecer juramento en su demanda sobre su verdadera calidad de dueño del derecho, debiendo expresarlo cuando lo hiciera como mandatario, para que en este caso el Juez, oficiosamente, le desconociera la personería.

Siendo éstos sin duda el objetivo y alcance de la disposición en cita, resalta la naturaleza simplemente adjetiva, inhábil, por consiguiente, para dar base al recurso de casación fuera de que su aplicación al caso de estudio resulta impertinente porque el cesionario del crédito ha comparecido al juicio no personalmente sino representado por abogado legalmente autorizado para el ejercicio profesional. Por lo demás, la consecuencia de la indebida aplicación o el quebranto del citado precepto sería la incapacidad procesal del cesionario para comparecer en el juicio, esto es, una falta de personería adjetiva que afectaría la validez de la actuación judicial, circunstancia ésta que desplaza totalmente la alegación y formulación de este cargo dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J.

Por lo dicho, se rechaza.

c) Violación de los artículos 1494, 1495, 1602 y 1608 del C. C. porque el Tribunal pasó por alto, incurriendo así en error de hecho, la obligación pactada en el documento de avisar a los deudores con sesenta días de anticipación para el pago del precio de los ganados. "Si el Tribunal hubiese parado mientes en esa obligación de avisar —dice el recurrente—, desde luego habría tenido que detenerse a valorar lo que en este juicio se ha llamado requerimiento", y habría tenido que desecharlo por no decirse en la diligencia traída en copia a los autos de qué obligación ni contrato se trata, ni a qué se refiere el requerimiento que aparece hecho.

Se considera.

A este respecto la sentencia, como se vio al resumir sus fundamentos y conclusiones, estudió en aparte especial el punto de la exigibilidad de la obligación de cuándo debía hacer el pago el deudor, y concluyó que habiéndose estipulado plazo determinado, como era el día en que los vendedores del ganado debían pagar a los adjudicatarios en la partición, o sea, el día en que ésta quedó aprobada por sentencia firme, no era el caso de hacer requerimiento judicial. "Pero sostener que para la constitución de la mora —dice la sentencia— era indispensable el aviso o requerimiento, equivaldría a desconocer los términos mismos de la estipulación contractual". En vista de lo que concluyó el sentenciador el cargo por haberse omitido el estudio y valoración de la diligencia judicial de requerimiento resulta descaminado, porque el Tribunal estimó que la mora era automática por no haberse cumplido la obligación dentro del término estipulado, sin necesidad de requerimiento, y el cargo se traduce en que erró de hecho porque omitió valorar para negarle mérito a la diligencia de requerimiento traído a los autos con la demanda.

Pero es que el cargo es vano aun aceptando la necesidad legal del requerimiento para constituír al deudor en mora de pagar, porque el requerimiento fue hecho judicialmente. El demandante afirmó en uno de los hechos fundamenta-

les de su acción (el 16) que el demandado Jaramillo Sierra había reconocido su firma en el documento contentivo del crédito y había sido oportunamente requerido para su pago, y con la demanda se introdujo al proceso en copia expedida en legal forma tomada de juicio adelantado por Castaño y Ospina contra Jaramillo Sierra, la diligencia de requerimiento en que se da testimonio de que en cumplimiento de auto del Juez fue requerido el deudor para que verificara el pago de su deuda. El demandado no niega propiamente que hubiera sido requerido, sino que ataca "la muy mala presentación de esa prueba" por no aparecer de ella a qué se refiere ni quién la pidió, posición ésta ineficaz e inútil para atacar una conclusión probatoria en casación. Conociéndose el juicio de donde procede la copia, sábese desde luego que el requerimiento tuvo que ser hecho a pedimento del actor, y en lo tocante a la obligación para cuyo pago se requirió, es obvio que quien mejor debe saberlo es el propio demandado Jaramillo Sierra, de manera que si en la diligencia de que se trata fue requerido por deuda distinta de la que ahora se le cobra, a su cargo estaba la fácil comprobación de no haber sido requerido por la prestación que se le demanda en este juicio.

Infundado como los precedentes, se rechaza también este cargo.

d) "El Tribunal reconoció al actor $ 7.000 en los aumentos obtenidos mediante la venta de las tres cuartas partes de los semovientes de las fincas de Antioquia, quebrantando con ello las disposiciones tocantes a la accesión, especialmente el artículo 703 del C. C. que declara los aumentos de que se trata, a favor del dueño de la especie, que en este caso lo eran y son las sucesiones, y aun cuando no fuera así, a los albaceas, apoderados y partidores se les adjudicó una porción determinada que no podía pasar de $ 40.000, cualquiera que fuese el valor real de los ganados al momento de la partición, o posteriormente".

Se considera esta última acusación.

En este cargo sí tiene razón el recurrente, pues habiéndoseles adjudicado a los dos partidores, por iguales partes, la suma fija de los $ 40.000 con la destinación ya conocida de pagarles sus honorarios y poner en sus manos una suma determinada para que atendieran a los gastos pendientes necesarios para la finalización del juicio sucesorio, no hay ninguna razón para que esa cifra se altere en relación con el precio del ganado, como si lo adjudicado no hubiera sido una suma precisa sino específicamente cabezas de ganado en número determinado. La cifra numérica de la adjudicación hecha a los partidores no tiene porqué crecer ni alterarse en ninguna forma, y para concluír que en esta parte la decisión del Tribunal se afecta de ilegalidad no hay para qué detenerse en la consideración de que el mayor valor del ganado sobre su apreciación de inventario, lo que quede después de pagar las adjudicaciones a que se destinaba su valor, corresponde sin duda al haber hereditario. Basta saber para la decisión en estudio que el demandado en este caso no está obligado a pagar nada que exceda a la cifra que determina el derecho de su acreedor, con sus intereses corespondientes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 5 de mayo de 1944, en el sentido de declarar que la suma que pertenece a Francisco J. Castaño, como cesionario de Juan B. Castaño, a cuyo pago se condena al demandado Bernardo Jaramillo Sierra (numerales 2º y 3º de la parte resolutiva) es la de 20.000 con sus intereses a la rata y en el tiempo que reza la sentencia. En lo demás conserva su imperio la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca. José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION — DETERMINACION DE LO REIVINDICADO — ERROR DE HECHO

1.—Por perfecta que una titulación sea, de nada vale en juicios de reivindicación si quien la presenta como actor no demuestra que ella cobija, o que dentro de ella se halla, aquello que señala como poseído por otro.

2.—El error de hecho tiene que aparecer en los autos de un modo manifiesto para poder deducir motivo de casación, en cuanto por él se haya incurrido en quebranto de ley sustantiva.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado Civil del Circuito de Cartago cursó la primera instancia del presente juicio ordinario de Gentil Pérez U. contra Abraham Loaiza sobre reivindicación del terreno ubicado en el Municipio de La Victoria y alindado como el libelo determina. Terminó aquélla con fallo de 16 de noviembre de 1942 que decretó la reivindicación demandada y al condenar consecuencialmente a Loaiza a entregar el suelo aludido le reconoció el derecho a hacerlo suyo mediante el pago del precio señalado pericialmente, así como el de retención hasta obtener el pago de las mejoras, en su caso. Sin costas. Por apelación de ambos litigantes se surtió la segunda instancia en el Tribunal Superior de Buga, donde se cerró en fallo de 22 de agosto de 1944 que revocó el del Juez y absolvió al demandado de los cargos de la demanda.

Pérez interpuso casación, recurso que hoy se decide por estar tramitado ya debidamente.

El Juzgado decretó lo antedicho porque en su estudio de los títulos aducidos por una y otra parte halló comprobado el dominio de Pérez sobre el suelo y que los de Loaiza acreditaban el suyo sobre las mejoras, las cuales no se incluyeron por el actor en su demanda. El Tribunal absolvió porque, si bien los títulos de Pérez acreditan su dominio sobre cierto lote, no está comprobado que dentro de éste se halle lo poseído por Loaiza, de donde dedujo la falta de uno de los elementos que configuran la acción reivindicatoria y la hacen procedente.

El recurrente acusa de violación de los artículos 946, 947, 950, y 952 del C. C., por no haberse aplicado, conceptuando que a ese quebranto se llegó por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que al efecto señala y aquí se verán en seguida, en razón de que si se hubieran apreciado debidamente, no se habría echado menos aquel elemento y, por tanto, se habría decretado lo pedido.

Esas pruebas son: la confesión de Loaiza consistente en que a todo lo largo del pleito, desde su respuesta al libelo inicial, ha afirmado enfáticamente su posesión de lo que Pérez le disputa, con lo cual, según el recurrente, no hay duda de que el demandado posee la cosa singular determinada por el demandante, esto es, que está establecida la identidad de lo demandado; la inspección ocular de la primera instancia y el dictamen pericial rendido en ella, según el cual, no sólo se precisa lo ocupado por Loaiza tal como lo detalla la demanda, sino que se establece que lo ocupado por Loaiza queda dentro del terreno cuyo dominio comprueba Pérez con sus títulos, por lo cual no cabe duda de la identidad a este respecto; y el dictamen pericial rendido con ocasión de la inspección ocular de la segunda instancia, en cuanto no alcanza a infirmar lo que sobre tal identidad comprueban el dicho dictamen de la primera y la confesión del reo.

El recurrente censura la desestimación de esta última prueba, la deficiente estimación del dictamen pericial de primera instancia y la sobrestimación del dictamen de la segunda al guiarse el Tribunal por éste.

Como se ve, en suma la alegación básica del recurrente se halla en que para encontrar el Tribunal la falta antedicha tuvo que dejar de estimar como en ley corresponde estos elementos probatorios y, así, en vez de guiarse por los primeros, que impiden conceptuar que hay aquella

falta, tuvo en cuenta prevalentemente el último, que es el que da lugar a duda al respecto y la consecuencial cabida a la posibilidad de que esa falta se produjese. Al optar el Tribunal por este concepto, esto es, por el de que había tal falta, incurrió en error de apreciación de tales pruebas y consecuencialmente, dejando por esto de decretar la reivindicación pedida, en el quebranto de las citadas disposiciones legales.

Se considera:

La falta en cuya virtud llegó el Tribunal a sentencia absolutoria no proviene de que sean suelos distintos el pretendido por Pérez y el poseído por Loaiza. De discrepancia al respecto no habla el fallo recurrido; no es ella, pues, uno de sus fundamentos. Esto indica que ni lugar hubo a que el Tribunal incurriera en la omisión que se le atribuye en apreciar las afirmaciones de Loaiza sobre su ocupación de lo que Pérez le disputa.

En cambio, sí viene al caso lo relativo a las inspecciones oculares y dictámenes periciales rendidos con ocasión de ellas, porque estas pruebas sí versaron sobre lo que efectivamente vino a ser el fundamento o razón decisiva de la sentencia hoy en estudio, la cual fue absolutoria en el concepto de no estar acreditado que el suelo en disputa sea parte del lote cuya propiedad justifica el actor con sus títulos, según sus alegaciones y libelo de demanda.

La titulación aducida por Pérez, que se remonta a época lejana, establece, concretando el relato a lo pertinente a los últimos años, que la extensa finca llamada Guabinero fue materia de una partición consignada en escritura de 21 de diciembre de 1935, la que por entonces separó para dejar proindiviso cierto lote que, a su turno, se dividió materialmente según escritura de 19 de enero de 1939, en la cual se adjudicó a Pérez la porción allí satisfactoriamente determinada por sus linderos. Apoyado en tales títulos, en especial este último, y afirmando que lo ocupado por Loaiza es parte integrante de esa porción adjudicada en 1939, es como Pérez ejercita aquí su acción reivindicatoria.

Y el Tribunal no la halla procedente porque falta la demostración de que en verdad lo ocupado por Loaiza quede dentro de lo adjudicado a Pérez. Por perfecta que una titulación sea, de nada vale en juicios de esta clase si quien la presenta como actor no demuestra que ella cobija o que dentro de ella se halla aquello que señala como poseído por otro.

Así, pues, lo indicado en el presente juicio era traer esa demostración. La procuró la inspección ocular con su correspondiente experticio de la primera instancia, practicada el 11 de agosto de 1942 (cuaderno 3º, folios 49v. a 51). Mientras subsistiera esa situación probatoria sobre los hechos, se habría tenido que afrontar la de derecho en forma de estudiar la acción en sí, llenados los elementos necesarios para su procedencia, y, si en ese estudio se hallaba justificado el dominio del actor por ser satisfactorios sus títulos como lo afirma desde su libelo inicial, tenía que llegarse a la conclusión pretendida por él e impuesta por las disposiciones legales que ahora señala como violadas por no haberse aplicado al negarle su demanda, o negarse ésta, ya considerada en el fondo, porque se hallase probada la excepción de prescripción adquisitiva con que el demandado quiso ampararse desde que la contestó, invocando la Ley 200 de 1936.

Pero acontece que la inspección ocular con el dictamen pericial correspondiente practicada en la segunda instancia el 11 de septiembre de 1943 (cuaderno 4º, folio 45), establecieron respecto de aquel hecho capital una situación muy distinta, porque esos dictámenes (folios 47 a 57 **ibidem**), lejos de afirmar como sucedió en los del Juzgado que lo ocupado por Loaiza, es decir, lo contendido en este pleito hace parte integrante o queda dentro de la alinderación de lo adjudicado a Pérez en 1939, niegan esta decisiva circunstancia, en esta forma: uno de los peritos principales la afirma, como se ve al pie del folio 47 vuelto; el otro perito principal, después de detallado estudio que sobre ese punto contiene su exposición, la que en lo relativo a tal tema preciso se lee en las páginas 50 y 51, conceptúa que hay una diferencia sustancial entre la finca a que se contrajo la inspección ocular de la primera instancia y el lote de terreno materia del juicio; en seguida detalla detenidamente los títulos de Pérez para investigar en el terreno la alinderación de su lote, tanto los del que se separó y dejó proindiviso la partición de 1935, como los de la porción que le señaló en singular la de 1939, y de todo esto deduce la imposibilidad de determinar esta porción o identificarla en el terreno y, consecuencialmente la de afirmar que dentro de esa porción esté situado el lote que aquí se disputa. Cerrando su exposición, advierte este perito que para rendirla, a más del recorrido que hizo junto con el señor Magistrado, el otro perito principal

y los abogados de las partes, volvió al terreno acompañado por aquel perito "para verificar con mayor acierto, a base de propias y directas percepciones" la elaboración de ese informe.

El tercero en discordia (folios 56 y 57) no formula respuestas categóricas y antes bien declara no poder hacerlo por la oscuridad con que al efecto tropieza, y así lo dice después de analizar los linderos de lo ocupado por Loaiza, tanto a la luz de lo que encontró en la materialidad de los hechos, cuanto a la que arrojan las escrituras pertinentes, así como la alinderación de la porción adjudicada a Pérez en 1939, según la citada escritura de 19 de enero de ese año, para advertir la imposibilidad de identificar lo que figura como Sierra Alta y la de saber si es el mismo Cerro de Pan de Azúcar, así como la de cerciorarse de cuál es la realidad de las líneas teóricamente señaladas en esa escritura, porque toman como punto de partida, en uno y otro de los dos rumbos allí indicados, una puerta que hoy no existe ni pudo determinar dónde estuvo.

El Tribunal, una vez visto lo que dicen los expertos en una y otra de dichas diligencias, no sólo sobre los puntos en que aquí se han recordado y en parte transcrito, sino también sobre otros, como diferencias en nombres de los dueños de los predios colindantes y errores en la fijación de puntos cardinales de que adolecen algunas de las piezas antedichas, sobre la cual no ha visto la Sala que sea preciso detenerse en este fallo, formula su concepto en estas palabras:

"Plantéase así una contradicción flagrante entre las conclusiones a que llegaron los peritos de la segunda diligencia con las emitidas por los peritos de la primera, conflicto que la Sala debe resolver y dirimir haciendo uso de la facultad que la ley concede a los jueces para aceptar o rechazar los dictámenes periciales (artículo 723 del C. J.). Y la Sala adopta las conclusiones a que llegaron los peritos de la segunda instancia, porque los de la primera no adujeron razón ninguna en qué fundar sus asertos, en tanto que los segundos hacen una motivada exposición de las causas que los mueven a conceptuar del modo como la hacen, fuera de que son personas de reconocida buena fama e ilustración y competencia en el ramo de la ingeniería, y de cuya imparcialidad no puede sospecharse".

De ahí que el recurente dirija lo mayor de su esfuerzo a su acusación por error en la apreciación de estas pruebas, tanto de derecho como de hecho. Este último tiene, en su caso que aparecer en los autos de un modo manifiesto para poder deducir motivo de casación en cuanto por él se haya incurrido en quebranto de la ley sustantiva. Y salta a la vista en este pleito y proceso que, si hubiera error, no sería de esta clase y entidad, pues en manera alguna aparece nada distinto de lo ya expuesto aquí según lo cual los peritos expusieron efectivamente tal y como el Tribunal toma y considera sus dictámenes.

Queda por ver, pues, solamente el cargo de error de derecho, y para hallarlo infundado basta recordar el artículo 723 del C. J. que el Tribunal aduce, tal como reza el parágrafo de su fallo aquí transcrito, porque esta disposición le confiere inequívocamente la facultad de que hizo uso para escoger entre los dos conceptos periciales que confronta el que su sana crítica le impuso, tomando en cuenta los varios elementos que esa disposición indica como guía y que efectivamente obraron en el ánimo de los Magistrados sentenciadores, como allí lo declaran.

Innecesario es citar aquí los fallos de esta Sala en que repetida y uniformemente se acata y reconoce la potestad conferida por ese artículo 723 al sentenciador. Sí, pues, éste en el presente caso la ha ejercitado y de su ejercicio resulta la falta de comprobación de que lo que se disputan actor y reo esté cobijado por la titulación acompañada a la demanda, la conclusión que de esto se desprende, forzosamente opuesta, por eso mismo, a la prosperidad de la acción, mal podría tenerse como quebranto de las disposiciones legales sustantivas señaladas en esta forma por el recurrente.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuèl José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

CONTRATO DE PROMESA DE VENTA DE UNA FINCA RAIZ

Las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues unas y otras son completamente distintas. La promesa de acción para obtener que se cumpla de acuerdo con lo convenido, y se paguen los perjuicios que se prueben por el simple retardo; y de la promesa incumplida nace también el derecho a que la parte responsable indemnice los perjuicios emanados del incumplimiento. (Artículo 1610, C. C.). El contrato celebrado produce acción por las obligaciones contraídas, propias del contrato, de suerte que si es de venta, el vendedor que ha pagado el precio tiene la acción de entrega de la cosa, y el comprador que ha hecho la tradición de lo vendido tiene acción para el pago del precio, y uno y otro la acción resolutoria del contrato con la consiguiente indemnización de perjuicios, si es que en la alternativa entre el cumplimiento y la resolución se deciden por ésta.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Entre los señores Joaquín V. Ortiz y Etiel Torres se otorgó en documento privado extendido en papel competente, debidamente estampillado y registrado el mismo día de su otorgamiento, el siguiente contrato:

"Nosotros Joaquín V. Ortiz y Etiel Torres, mayores de edad, el primero vecino de este municipio y el segundo del de Sitionuevo respectivamente, abajo firmados, hacemos constar por el presente documento lo siguiente: Ortiz, da en venta a Torres, un potrero de su propiedad denominado "La Playa" situado en jurisdicción de este distrito, por la suma de tres mil pesos ($ 3.000) oro legal, el referido potrero está alinderado así: Norte, con cercas y potrero de Nicolás Asmar B., Sur, con cercas y potrero de José Antonio Orozco O., Este, con camino que conduce de esta población al corregimiento del Guáymaro y viceversa y con potrero de Luis B. Solano y Manuel I. Ordóñez y Oeste, con el río Magdalena. Torres como prueba de aceptación entrega a Ortiz en esta fecha la suma de ochocientos pesos ($ 800.00) oro y el resto o sea la cantidad de dos mil doscientos pesos ($ 2.200.00) de la misma moneda la entregará al mismo Ortiz o a la persona que éste recomiende dentro del término de sesenta días (60) contados desde hoy que se vencerán el día treinta de octubre próximo, haciendo constar además que si no abona el resto del dinero en la fecha señalada pagará un interés de un tres (3%) por ciento mensual".

Ortiz, también hace constar que inmediatamente haya recibido el último contado en la fecha estipulada hace entrega del referido potrero al señor Etiel Torres y también el título de propiedad ante notario".

"En fe de lo cual firman el presente convenio ante dos testigos hábiles y en dos ejemplares de un mismo tenor en Salamina, a primero de Septiembre de mil novecientos veintinueve".

(Firmado), **Joaquín V. Ortiz — F. Etiel Torres R. — M. A. Gómez — César A. Orozco O".**

"Oficina de Registro — Salamina, septiembre 1º de 1929 — Registrado en la fecha bajo el número 14, página 10 del Libro de Registro de Instrumentos Privados. Tomo 1".

"El Registrador,

V. M. Consuegra".

El 19 de mayo de 1940 F. Etiel Torres le cedió a Emilio Montoya los derechos que le diera el documento anterior.

Emilio Montoya propuso entonces demanda en juicio ordinario contra Joaquín V. Ortiz, a intento de que se declare lo siguiente:

Que careciendo de existencia legal el contrato de compra-venta consignado en el documento transcrito se condene a Joaquín V. Ortiz a devol-

verle la cantidad de ochocientos pesos ($ 800) moneda colombiana que recibió del señor Etiel Torres con sus intereses al tipo legal desde la fecha del documento hasta que verifique el pago.

Como hecho sustentatorio de la acción invócase el mismo documento, y como alegación de derecho dícese en la demanda que no habiéndose verificado la venta del inmueble en la forma legal, pues se consignó en documento privado, el cual tampoco equivale a una promesa de venta, ni habiendo tomado el comprador posesión del inmueble, que siguió en poder del vendedor "lucrándose a la vez del valor recibido, es de toda justicia que se aplique el principio universal de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro".

El señor Ortiz, apoyado en el mismo documento contrademandó a Montoya para que se declare que le debe la cantidad de dos mil doscientos pesos ($ 2.200) más los intereses moratorios del 3% mensual desde el 1º de noviembre de 1929", es decir que se condene a Montoya a darle cumplimiento al contrato de promesa de venta celebrado y acompañado al libelo de demanda".

Los hechos de la contrademanda concrétanse a insistir en el mérito del documento como promesa de venta, la que Torres (hoy Montoya) no cumplió, con lo cual Ortiz "se ha perjudicado hondamente; no ha podido hacer desde entonces, ninguna clase de operaciones con su potrero, está Ortiz en espera de que Montoya cumpla ahora el contrato".

El juez de primera instancia absolvió a Ortiz y condenó a Montoya, en estos términos:

"**Segundo:** Condénase a Emilio Montoya para que termine el cumplimiento del contrato de promesa de venta celebrado en Salamina el día primero de septiembre de mil novecientos veintinueve, entre su cedente Torres y el señor Joaquín Ortiz".

"**Tercero:** Como consecuencia de esta condena, Montoya pagará a Joaquín Ortiz **dos mil doscientos pesos** ($ 2.200) moneda legal y los intereses de un tres por ciento mensual contados desde el día que se venció el plazo estipulado en el contrato de promesa para la entrega por parte de Torres de los **dos mil pesos** aludidos, hasta cuando se pague esta suma, por la cual se condena a Montoya; los intereses corren sobre la suma, cuya entrega se ordena. No hay costas". (Folio 18, V. c. número 1).

El tribunal de Santa Marta, manteniendo la condenación contra Montoya, modificó así el fallo:

"**Primero:** Se absuelve a Joaquín V. Ortiz de todos los cargos contenidos en la demanda propuesta en su contra por Emilio Montoya".

"**Segundo:** Condénase a Emilio Montoya G., a cumplir el contrato celebrado entre Etiel Torres y Joaquín V. Ortiz consistente dicho cumplimiento en entregar el primero al último, la suma de dos mil doscientos pesos ($ 2.200.00) moneda colombiana, en el acto de firmarse la escritura pública del potrero "La Playa" que debe correrle el vendedor Ortiz V".

"**Tercero:** Condénase a Montoya al pago de los intereses de la suma mencionada antes, al tres por ciento mensual desde el primero de septiembre de 1929. Del total de intereses se rebajarán, por compensación, los intereses que produzca la suma de ochocientos pesos ($ 800) al mismo 3% mensual contados desde el primero de septiembre de 1929. Sin costas. Queda así reformado el fallo apelado". (Folio 33 v. c. número 1).

Recurrió en casación el señor Montoya y por eso la corte tiene que ocuparse del recurso.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Estimando el Tribunal que el documento reza una promesa de contrato, que encaja dentro de lo prescrito en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, concluye que la acción de devolución propuesta por Montoya sobre la base de una venta real y efectiva carece de fundamento.

Examina luégo la contrademanda de Ortiz y la encuentra procedente, pues si Torres no ha cumplido su obligación de pagar el resto del valor convenido del potrero se impone el reconocimiento en favor de aquél, de la acción que ha elegido, de que se cumpla el contrato, de acuerdo con el artículo 1.546 del Código Civil.

La acción de cumplimiento de un contrato como la de resolución del mismo lleva consigo la indemnización de perjuicios y en este caso se limita a sólo los intereses convencionales.

Está admitido que Ortiz, continúa diciendo el Tribunal, recibió la suma de ochocientos pesos y es de suponer que esa suma lo beneficia. Así, pues, si ha Ortiz deben reconocérsele intereses por vía de perjuicios, éste a su vez debe pagar intereses de la misma rata a Torres por aquella suma.

EL RECURSO DE CASACION

Primer cargo.

Como el Tribunal al interpretar el contrato contenido en el documento, estima que prueba una **promesa de contrato** y no un contrato sobre venta de inmuebles, se sigue que cometió error de hecho y de derecho en la apreciación de esa prueba; pues el documento dice expresamente: "Ortiz da en venta"; y como la ley no permite dar en venta un inmueble por documento privado, el acto es nulo de nulidad absoluta, debiendo declararse así para que las cosas vuelvan a su estado anterior.

Con este silogismo el recurrente intenta demostrar que el sentenciador violó los artículos 1857, inciso 2º, 1741, 1742 y 1746 del Código Civil, en relación con el 2º de la Ley 50 de 1936.

Examen del cargo.

En el sentir de la Sala el Tribunal apreció bien el documento base del juicio, considerándolo como una promesa de venta de un bien raíz.

Los requisitos a que se somete la promesa de celebrar un contrato, los puntualiza bien el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y son: que la promesa conste por escrito; que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir alguno de los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil; que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y por último que éste se determine de tal suerte que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

El Tribunal anota que el documento presentado reúne con exactitud los anteriores requisitos. Y ello es así. El escrito da cuenta de un contrato celebrado entre Ortiz y Torres; ese contrato no aparece pecando por falta de alguno de los requisitos estatuídos en el artículo 1502; el contrato está bien determinado, pues mediante él una de las partes como vendedora se compromete a trasmitirle por precio determinado a la otra, como compradora, el dominio y propiedad de un inmueble señalado por su ubicación y linderos; y por último el contrato contiene la estipulación del día en que el comprador pagará el resto del precio debido y el vendedor otorgará el título de propiedad, haciendo la entrega o tradición legal. Tanto es de promesa el documento que se pactó otorgamiento de escritura pública.

Aun cuando el documento en ninguna de sus cláusulas, dice expresamente que es de promesa de venta, la estructura de lo pactado encaja perfectamente dentro de esta figura jurídica. Eso basta. No había necesidad del uso de palabras sacramentales para traducir la real intención de las partes.

Se desecha el cargo.

Segundo cargo.

Aun en el supuesto de que el convenio contenido en el documento sea en realidad una promesa de compra-venta de inmueble, la única acción que tiene el promitente vendedor es la de exigir que se obligue al promitente comprador, a que compre el inmueble objeto de la compraventa por los tres mil pesos ($ 3.000) estipulados y a que en consecuencia pague el saldo del precio, porque éste no se debe ni se deberá legalmente mientras no se haya perfeccionado la compra-venta, siendo un error exigir el precio antes de causarse. Dándole a la simple promesa el mismo efecto que al contrato de compra-venta, el Tribunal resulta violando, en sentir del recurrente, por indebida aplicación los artículos 1849 y 1928, del Código Civil, según los cuales sólo se causa el precio y obliga su pago, cuando se verifica el contrato de compra-venta.

El 3% mensual de que habla el documento en relación con los $ 2.200 no se pactó como perjuicios de incumplimiento, sino como intereses moratorios en caso de **causarse** el precio. Tampoco se pactó como cláusula penal, y por tanto no hay aspecto alguno que permita exigirlo, porque no hay la **causa real** que sería la celebración del contrato de venta y el precio correspondiente a la contraprestación de la tradición real y efectiva del inmueble. De aquí concluye el recurrente que el Tribunal violó también el artículo 1524 del Código Civil.

Examen del cargo.

Las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues unas y otras son completamente distintas.

La promesa da acción para obtener que se cumpla, de acuerdo con lo convenido, y se paguen los perjuicios que se prueben por el simple re-

tardo; y de la promesa incumplida nace también el derecho a que la parte responsable indemnice los perjuicios emanados del incumplimiento. (Artículo 1610 del C. C.).

El contrato celebrado produce acción por las obligaciones contraídas, propias del contrato, de suerte que si es de venta, el vendedor que ha pagado el precio tiene la acción de entrega de la cosa, y el comprador que ha hecho la tradición de lo vendido, tiene acción para el pago del precio, y uno y otro la acción resolutoria del contrato con la consiguiente indemnización de perjuicios, si es que en la alternativa entre el cumplimiento y la resolución, decídense por ésta.

De la contrademanda del señor Ortiz bien claro se desprende el ejercicio de la acción de cumplimiento de la promesa.

Según lo antes expresado él está dentro de su derecho. Si Torres prometió comprarle el inmueble, lo natural es que se le obligue a que lo compre, según los términos estipulados. Por eso la condenación del Tribunal contenida en el numeral segundo del fallo, nada tiene de irregular; Montoya, sucesor del promitente Torres, cumplirá la promesa entregando a Ortiz la suma de $ 2.200 en el acto de firmarse la escritura pública de venta. Es lo mismo que enseña el documento.

Empero, en lo que la justicia acompaña al recurrente, es en que no se le obligue a pagar intereses por un precio que aún no debe.

Según los términos de la promesa, la escritura y la entrega del inmueble por Ortiz se harían dentro del término de 60 días, a partir de la fecha del documento, día en que también Torres debía cancelar la parte de precio que le faltaba por haber hecho el anticipo de $ 800. Agrega la promesa que si Torres no hacía esta cancelación reconocería intereses del 3% mensual sobre el saldo insoluto.

Es claro que estos intereses, como correspondientes al precio tenían que correr desde el día en que se otorgara la escritura de venta, y no antes, porque computados retroactivamente al título y a la entrega del terreno a Torres por Ortiz, carecen de causa. Es decir que interpretada la estipulación de intereses contenida en el documento, de acuerdo con sus términos y con el normal desarrollo que debía tener lo pactado, previendo las partes que el pacto se cumpliera dentro del término de 60 días, mediante el otorgamiento del título de propiedad, llegado el día, Torres entregaría al vendedor los $ 2.200, y éste en seguida le haría a aquél el título de propiedad ante notario y le entregaría materialmente el inmueble; y si el comprador no obstante el otorgamiento de la escritura y la entrega del terreno no hacía entrega de aquel saldo, como lo quedaba debiendo, reconocería el interés estipulado por todo el tiempo de la demora.

El Tribunal al interpretar la promesa de otro modo, ordenando que se pague el interés estipulado antes de deberse el precio, violó las disposiciones invocadas por el recurrente. Esto hace que la Corte casando parcialmente la sentencia del Tribunal, al asumir la función de sentenciador de instancia deje insubsistente el numeral 3º de la parte resolutiva del fallo.

SENTENCIA

Por las razones expuestas la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la república y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, únicamente en lo relativo al numeral tercero de la parte resolutiva, el cual numeral queda por lo tanto revocado; y en lo demás el fallo se mantiene firme y no se casa.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OBJECIONES A UNA PARTICION

1.—No toda irregularidad procedimental puede presentarse a la Corte en el recurso de casación, pues esta Sala no es un tribunal ante el cual haya de revisarse en una como tercera instancia lo actuado para la prosecución de cada juicio en juzgado y tribunal, ni es instancia aquel recurso. Cuando aquellas llegan a producir nulidades, caben ya así las cosas y dentro de este preciso grupo, presentarlas en casación, para lo cual el C. J. en el numeral 6º de su artículo 520 establece el correspondiente motivo no sin circunscribirse al artículo 448 de esa obra, según el cual causan nulidad la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería y la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido llamarse al juicio.

2.—Las disposiciones de los artículos 959 a 967 del C. J. son adjetivas y su violación no da base para el recurso de casación.

3.—Al extender la ley el recurso de casación a las sentencias indicadas en el numeral 2º del artículo 519 del C. J., claramente se refiere, y no podría ser de otro modo, a problemas relacionados con la partición en sí misma.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Gumercindo Romero M., por medio de apoderado, en memorial de 10 de septiembre de 1928, dirigido al Juez 1º del Circuito de La Mesa, demandó a la sucesión ilíquida de Miguel Romero representada por las personas que allí designa, a fin de que se decretara la división material de las fincas de esa jurisdicción denominadas La Ortiz y San Pablo.

Tras de actuación lenta cuyos detalles pertinentes aquí se expondrán, el Juzgado dictó sentencia aprobatoria de la partición el 5 de octubre de 1943, la que el Tribunal confirmó en la de 25 julio de 1944, contra la cual el prenombrado demandante interpuso casación, recurso que aquí se decide por estar debidamente preparado.

Adelante se verá por qué es preciso formular algunas consideraciones previas. a saber: no tod irregularidad procedimental puede presentarse la Corte en el recurso de casación, pues est Sala no es un Tribunal ante el cual en una com tercera instancia haya de revisarse lo actuado par la prosecución de cada juicio en juzgado y Tr bunal, ni es instancia aquel recurso. Cuando aqu llas llegan a producir nulidades, cabe, ya así la cosas y dentro de este preciso grupo, presenta las en casación, para lo cual el C. J. en el nu meral 6º de su artículo 520 establece el corre pondiente motivo, no sin circunscribirse al artícu lo 448 de esa obra, según el cual causan nulida la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimida de la personería y la falta de citación o empl zamiento de las personas que han debido llama se al juicio.

El recurrente invoca los motivos 1º y 2º de d cho artículo 520.

Estudia el segundo en primer lugar. Lo invo alegando que la sentencia recurrida dejó de co siderar y decidir las pretensiones oportunamen deducidas por los litigantes, refiriéndose prin palmente a que hubo objeciones a la partición se sentenció cual si no se hubiesen formulado.

Se considera: el recurrente demandó la divisió y ésta se decretó y practicó. Mal cabe, pues, aqu lla queja a este respecto. Cuanto a las objeci nes, lo ocurrido fue esto: después de dificultad y demoras de que adelante se hablará, al fin presentó el trabajo de partición el 24 de octub de 1941 (cuaderno principal. folio 235), y de se ordenó traslado por diez días en auto de de ese octubre que ordenó que su notificación hiciera conforme al artículo 322 del C. J. En m morial de 30 de los mismos (folio 246, **ibide** Romero manifiesta que rechaza y bajo ningún a pecto acepta ese trabajo, hecho por quien ya es partidor por obra de su morosidad, y solic que ésto se declare, removiéndolo. Anuncia q caso de que ese trabajo se acepte, tendrá q objetarlo. El Juzgado en auto de 24 de febrero 1942, en el concepto de haber perdido el partid su cargo, resolvió rechazar ese trabajo, orden a aquél la devolución de lo recibido por hor

rarios y señalar a los interesados el término de quince días para el nombramiento de nuevo partidor. Pero, reclamada esta providencia, la revocó el juez en la de 20 de marzo subsiguiente que declaró que el partidor no había perdido su carácter de tal. El Tribunal confirmó esta decisión en auto de 9 de junio que se negó a reponer, según se ve en el de 26 de los mismos.

Estas decisiones obedecieron a que, si primeramente se habían considerado las cosas a la luz de los plazos judicialmente fijados y de los requerimientos hechos al partidor con ineficacia, aconteció que los interesados privadamente se habían entendido con él en forma que obligaba a considerar la situación bajo esta distinta luz. ante la cual desaparecía el concepto de mora, ya que ese arreglo o convenio privado, autorizado por el artículo 1389 del C. C. en su inciso final, determinaba una computación ante la cual ese trabajo no podía reputarse tardío o, al menos, extemporáneo.

Entre tanto se había provisto a la notificación conforme al artículo 322 citado, del auto de traslado, el que estaba vencido ya, según cómputo e informe de la Secretaría, cuando el 6 de febrero de 1942 (cuaderno 11, folio 1º) formuló objeciones el apoderado de algunos de los interesados, y por presentadas fuera de tiempo el Juzgado se negó a estudiarlas, como se ve en auto de 30 de enero de 1943, que no fue reclamado.

El apoderado de Romero formuló objeciones en memorial de 10 de febrero de ese año (1943), y en auto de 23 de los mismos se abstuvo el Juez de dar curso a estas objeciones por formuladas fuera de tiempo. En el de 17 del subsiguiente marzo se negó la reposición de esta providencia y se concedió la apelación subsidiaria, la que el Tribunal decidió confirmando en auto de 5 de julio, que se negó a reponer en el de 2 de agosto.

Así las cosas, el Juzgado no podía menos de reputar o reconocer que, legalmente hablando, la partición no había sido objetada, y sobre este pie la aprobó. El Tribunal, ante esa situación del proceso, confirmó la sentencia aprobatoria.

No es, pues, admisible el cargo de que el fallo haya incurrido en el motivo 2º antedicho, o sea, según las pertinentes palabras del citado artículo 520, "No estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Dentro del motivo 1º formula el recurrente sus cargos en el orden que pasa a verse, en el cual se estudian para mayor claridad:

Violación de los artículos 2322 del C. C.. 145 de la Ley 40 de 1907 y 1134 a 1136, 1149, 1150 y 959 a 967 del C. J., por haberse decretado la división sin estar comprobada la comunidad ni tampoco la muerte de Miguel Romero, cuya sucesión es la parte demandada.

Sobre la muerte de ese señor, a más del acta de defunción a que el recurrente hace ahora reparos, obran en el proceso piezas tomadas de su causa mortuoria, lo que impide sostener que su fallecimiento no está comprobado. De paso se observa cuán extraño es que formule reparo ahora ante la Corte a este respecto el demandante que, desde su libelo inicial, afirmó esa muerte y declaró que la comunidad cuya división demanda existe entre el demandante y la sucesión de don Miguel, su padre.

Sorprende también que, dados esos hechos y sostenido el juicio por Romero contra las personas señaladas por él mismo como demandados, venga ahora al cabo de los años y ya en casación a advertir que no está demostrado que la comunidad exista.

De resto, el haberse decretado la división que él pidió no puede ser tema de ataque suyo; él carece de interés jurídico al efecto. Además, ese decreto, que no es lo discutido hoy en un recurso que versa sobre la partición misma y su aprobación, constituiría, si todos los comprobantes sobre la propiedad común no obran en el proceso, es decir, si se pronunció faltando algún requisito de los aludidos, una irregularidad procedimental que no puede ser tema del recurso de casación.

El recurrente tacha de ilegítima la personería del apoderado suyo que inició el juicio, porque el poder dice **Manuel** donde debió decir **Miguel** al nombrar a la sucesión ilíquida del señor Miguel Romero como el comunero del poderdante contra el cual debía incoarse el juicio divisorio para el cual confería ese mandato. El memorial de éste se halla al folio 21 del cuaderno principal. En esa misma foja, al pie del poder, comienza el escrito de demanda, la que al citar a ese condueño o su sucesión dice **Miguel.** Aquella insignificante equivocación ningún error produjo, desde el primer momento quedó corregida. Nadie la advirtió y el juicio ha cursado sin la menor dificultad o duda por esa causa, en los largos años que ésta ha durado. Además, Gumersindo Romero personalmente ha elevado memoriales encaminados a adelantar la tramitación o formular reclamos, sin salvedad o reparo alguno hasta ahora.

Se advierte que, aun en los casos efectivos de fallas a estos respectos, no hay nulidad por ilegitimidad de la personería, "Cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder o éste no se halle arreglado a la ley", según el texto del artículo 450 del C. J.

Repite el recurrente el cargo de haberse decretado la división sin estar acreditada la existencia de la comunidad, por faltar títulos de dominio en lo tocante a la parte demandada. y sin haberse presentado el certificado del Registrador exigido por el artículo 1135 de ese Código, con lo cual, dice, se quebrantaron las disposiciones legales pertinentes, entre ellas este artículo 1135.

El cargo es inadmisible, porque, aun que todo ello sea o fuera como el recurrente afirma, ocurriría una irregularidad procedimental sin alcance para ser materia de casación, según se ha visto.

Pretende el recurrente en seguida renovar, para someterla a la Corte la discusión sostenida ante el Juzgado y el Tribunal sobre si el auto de traslado debió notificarse como manda el artículo 322 del C. J. o por estado, según el 310, a fin de deducir de ahí argumento contra el concepto de haberse vencido aquel término antes de presentarse los memoriales de objeciones. No se advierte cómo la notificación por estado hubiera dado mayor campo para objetar, ya que el edicto y publicación ordenados en el artículo 322 implican mayor tiempo. Mas, sea de ello lo que fuere. el caso es que estas cuestiones quedaron decididas en los referidos autos de Juzgado y Tribunal, en forma que hoy no cabe discutir sobre que las objeciones se presentaron fuera de tiempo, tema éste, por otra parte, ajeno al recurso de casación.

El cargo que presenta en seguida versa sobre cambio de procedimiento, porque el juicio se inició cuando la oposición determinaba la secuela de un juicio ordinario, el que se siguió efectivamente y se adelantó hasta citar para sentencia en primera instancia, y porque ya así las cosas, se optó por el procedimiento del Código actual, de donde deduce violación del artículo 1228 de éste y del 40 de la Ley 153 de 1887.

Se considera: este artículo 40, al dar prevalencia sobre las leyes anteriores a las concernientes a sustanciación y ritualidad de los juicios, hace esta salvedad: "Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligenc que ya estuvieren iniciadas se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación". Y el artíc 1228 dice: "Las disposiciones de este Código aplican a los juicios pendientes en el mome en que principie a regir; pero los términos vencidos, los recursos interpuestos y las tercer o incidentes introducidos, se rigen por la ley ap cable al tiempo en que empezó el término, interpuso el recurso o se promovió la tercería el incidente".

Así. pues, para la inmediata aplicación de e ley nueva no opone ella sino, como acaba verse, un término en curso, un recurso inte puesto, una tercería o un incidente.

Aquí lo acontecido fue que el propio Rome que hoy se queja de que la nueva ley se ap case y de que no se siguiera tramitando el ju cio ordinario, fue quien, invocando el artícu 1140 del C. J. actual, es decir, de esa ley nuev solicitó que los demandados caucionaran los pe juicios que pudiera causar su oposición, con que. acogida esa solicitud y no habiéndose pre tado esa caución en tiempo, solicitó y obtuvo q se declarara que de esa oposición se había desi tido, y más tarde que, sobre esta base y dan a ese desistimiento el alcance que le señala nueva ley, se decretase la división material d mandada. Así se ve en los memoriales y prov dencias de folios 60 a 67 del cuaderno 1º.

Más todavía: decretada sobre esa base y c esos antecedentes la división material demandad en providencia del Juzgado de 4 de octubre 1933, el Tribunal la confirmó en la de 24 de f brero de 1934 (folios 73 y 74 **ibidem**). Uno y ot hacen mérito de la oposición, de su desistimien y de la aludida consecuencia de éste.

En seguida, pretendiendo renovar el problem de si el partidor debió reemplazarse y rechazar su trabajo, acusa de que, no procediendo así Ju gado y Tribunal, se violaron los artículos 959, 9 y 1152 del C. J. y 1389 del C. C., porque cua do el trabajo se presentó estaba vencido el a de que esta última disposición habla y vencid también los sucesivos términos que había señal do el Juzgado.

Ya se vio que en su parte final este artícu 1389 autoriza a los interesados para ampliar restringir el plazo "como mejor les parezca", que aquí ejercitaron esa potestad. Además, por dicho y repetido, esta Sala no puede en casaci reconsiderar lo que se decidió como queda ref

en las providencias de Juzgado y Tribunal
citadas. Por otra parte, el motivo 1º de casa-
según el citado artículo 520, es el de viola-
de ley sustantiva, y las disposiciones que como
brantadas señala el recurrente en este cargo
adjetivas, pues miran al término dentro del
debe presentar su trabajo el partidor.

or último, cual si pudiese colocarse en el te-
o en que se hallaría sólo si oportunamente
era objetado, acusa la sentencia por aprobar
artición que separa bienes para el pago de
das ya cubiertas, con lo que viola —dice— el
culo 1142 del C. J., y por pasar por alto otros
res relativos ya a los terrenos mismos par-
s, ya a los derechos o cuotas de cada cual, ya
s avalúos, con lo cual le atribuye quebranto
os artículos 1152 y 959 a 967 del C. J.

quedó decidido con firmeza no desconocible
la Corte que las objeciones no se formularon
iempo, lo que equivale a no haberlas, y si a
alta de objeciones corresponde aprobación en
caso como el presente, salta a la vista lo in-
ificado del cargo.

se artículo 964 ordena al Juez aprobar si to-
los interesados lo solicitan (inciso 1º) y que,
lta de tal solicitud, dé traslado (inciso 2º), y
(inciso 3º) "Si dentro de ese término nin-
o objeta el trabajo, el Juez debe proceder
o se indica en el primer inciso".

onforme al artículo 1383 del C. C., el nombra-
nto de partidor debe ser sometido a la apro-
ón del Juez cuando alguno de los coasigna-
s no tuviere la libre administración de sus
es; y conforme al artículo 1399 de esa obra,
artición ha de someterse a la aprobación del
, en habiendo entre los interesados personas
licas, o bajo guarda, o ausentes que no hayan
brado apoderado. La simple cita de estas dis-
iones hace ver que en tales casos no puede
ficar ese artículo 964 del C. J. una orden al
de proceder mecánicamente.

ro esta reflexión que hace el recurrente no
e extenderse, por tener el sentido excepcio-
o limitativo que acaba de verse, a todo caso
artición; menos al actual, por lo ya dicho.

s disposiciones que se dan por quebrantadas
ste cargo carecen de pertinencia. En efecto:
tículo 1152 se limita a declarar aplicables al
o divisorio los dichos artículos 959 a 967, re-
os al de sucesión; el 959 dice que la parti-
ción debe hacerse dentro del término señalado por el testador; el 960, que el partidor puede presentar sus dudas al Juez, quien las decide en articulación con audiencia de las partes; el 961, que del mismo modo decide el desacuerdo de los partícipes sobre licitación de especies; el 962 versa sobre el modo de hacerse ésta; el 963 hace figurar la subasta entre las causas de suspensión de la partición; el 965 atiende al caso de reforma, para disponer que se apruebe cuando ésta se ajusta a lo ordenado; el 966 manda sustanciar como interlocutorio y fallar en Sala de Decisión los autos pronunciados en los casos de los artículos 954, 960, 961, 963 y 967, y éste —el 967— en su primera parte ordena al juez atender a protocolización y registro y en la segunda provee a la venta de bienes de la sucesión, ya para facilitar la partición, ya para pago de deudas.

Por esto se dice que no es pertinente la cita de estas disposiciones, las que, por otra parte, son adjetivas.

Al extender la ley el recurso de casación a las sentencias indicadas en el numeral 2º del artículo 519 del C. J., claramente se refiere, y no podría ser de otro modo, a problemas relacionados con la partición en sí misma, como aquí habría sido el caso si las objeciones, por oponerse en tiempo, hubieran recibido la tramitación que a esto corresponde.

Acerca de ellas conviene agregar que consisten en los reclamos de Romero contra la formación de las hijuelas, ya porque dice desconocérsele en parte la totalidad de sus derechos, ya por excesos en favor de otros interesados, ya por la situación o extensión de los terrenos o falta de precisión en el señalamiento de su avalúo en esta o aquella hijuela; pero en manera alguna porque se haya reconocido que hay comunidad, o porque los causahabientes de su padre fueran personas distintas de las indicadas al efecto en su libelo inicial, o porque la división material se haya practicado, o porque se la decretara en la forma correspondiente a la situación provocada por él al efecto con invocación del nuevo Código Judicial.

El recurrente adujo los motivos 1º y 2º del citado artículo 520, ninguno de los cuales se halla justificado. Aunque el motivo 6º no se invocó expresamente, se ha estudiado lo relacionado con él, en cuanto pudiera darse por alegada nulidad en algunas de las tachas del recurrente a ciertos trámites. Los motivos restantes de ese artículo 520

no atañen a este pleito, puesto que no se habla, ni cabría hablar, de que la sentencia contenga en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias subsistentes a pesar de solicitud oportuna de aclaración, ni de que el fallo se acordara con menor número de votos del exigido por la ley, ni de que concurriera a dictarlo un magistrado recusado o impedido, ni de que el Tribunal se abstuviera de conocer de asunto de su competencia y declarándolo así.

Se hace esta advertencia, porque complementa lo antedicho sobre peculiaridades y alcance del recurso de casación en general, así como lo observado sobre cada uno de los múltiples cargos contenidos en la demanda de casación de este juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil, administrand justicia en nombre de la República de Colomb y por autoridad de la ley, no casa la sentenc dictada en este juicio por el Tribunal Superi del Distrito Judicial de Bogotá el veinticinco julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del rec rrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pined Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalv Hernán Salamanca—Manuel José Vargas — Ped León Rincón, Srio. en ppdad.

CASACION POR LA CAUSAL 5a. DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL

La irregularidad consistente en concurrir un Magistrado a autorizar con su firma una sentencia, no obstante el hecho de haber sido recusado por enemistad grave, es incuestionablemente más grave que las previstas en la causal 5ª citada y funda más sólidamente que ellas la casación de un fallo, por afectar radicalmente la competencia misma del Tribunal con la intervención de un Magistrado de cuya imparcialidad puede dudarse por haberse establecido respecto a él y con su expresa aceptación, uno de los motivos que por mandato de la ley dan base racional y humana al sistema de los impedimentos y recusaciones en guarda de la respetabilidad y pureza de las sentencias judiciales.

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca).

En libelo del 9 de noviembre de 1940 y ante el Juzgado del Circuito Civil de Quibdó, Joaquín González U. su cónyuge Concepción González de González, por medio de apoderado, demandaron a Abraham Holguín en juicio ordinario de reivindicación de la mitad proindiviso de una finca ubicada en el paraje de El Dauro, en jurisdicción municipal de El Carmen de Atrato, en la Intendencia Nacional del Chocó.

Previa la tramitación del grado, el Juzgado del Circuito profirió sentencia el 16 de junio de 1942, en la cual declaró improbadas las excepciones propuestas por el demandado y lo condenó al tenor de los pedimentos de la demanda.

Recurrido este fallo por la parte vencida, se desarrolló ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la segunda instancia del juicio, que terminó con la sentencia del 14 de junio de 1944. confirmatoria de la recurrida.

Está la sentencia definitiva de segundo grado a la actual consideración de la Corte por virtud del recurso de casación que oportunamente interpuso contra ella el apoderado judicial del demandado, y para cuya decisión, dada la naturaleza y alcance de la causal invocada, no es preciso enumerar más discriminadamente los antecedentes del litigio ni resumir la fundamentación del fallo en torno de la cuestión litigiosa.

Se acusa la sentencia por la causal 5ª del artículo 520 del C. J. y se funda en que uno de los Magistrados que la firman, el doctor José Urbano Múnera, estaba separado del conocimiento del negocio por auto ejecutoriado en virtud de haber prosperado la recusación que contra él interpuso el apoderado del demandado por enemistad manifiesta entre él y el Magistrado, expresamente aceptada por éste.

Se considera.

Plenamente justificada encuentra la Sala la causal aducida porque el proceso da fiel testimonio de la exactitud de los hechos en que se funda.

A folios 80 a 82 del cuaderno principal se leen, en efecto, el memorial en que el apoderado judicial del demandado manifiesta al Tribunal la existencia de su grave enemistad con el Magistrado doctor Múnera y dice que por no haberse él declarado impedido para conocer del negocio, lo recusa en la forma legal; el informe del recusado en que "acepta la causal de enemistad", y el auto del Tribunal en que, de acuerdo con el artículo 444 del C. J., por haber el Magistrado aceptado como verdaderos los hechos manifestados por el recursante, lo declara separado del conocimiento del negocio y dispone que sea reemplazado por el Magistrado que le sigue en turno.

La causal de casación invocada contempla el caso de "haber concurrido a dictar sentencia un Magistrado cuya recursación fundada en causa legal estuviese pendiente, o se hubiera desestimado siendo procedente". El caso de autos. constitutivo de un inexplicable descuido, no encaja exactamente en ninguno de los dos casos previstos en la citada causal porque se justifica sobradamente que la ley no haya llevado su previsión hasta donde llegó la inadvertencia del caso en estudio, en que habiéndose aceptado expresamente por el Magistrado la causal legal de enemistad mani-

fiesta con que se le recusó, concurra, sin embargo, a autorizar con su firma la sentencia que decide el negocio y el auto en que se concede el recurso de casación. Esta irregularidad es incuestionablemente más grave que las previstas en la causal precitada y funda más sólidamente que ellas la casación de un fallo, por afectar radicalmente la competencia misma del Tribunal con la intervención de un Magistrado de cuya imparcialidad puede dudarse por haberse establecido respecto a él y con su expresa aceptación, uno de los motivos que por mandato de la ley dan base racional y humana al sistema de los impedimentos y recusaciones en guarda de la respetabilidad y pureza de las sentencias judiciales.

La parte opositora, al contestar el traslado de la demanda de Casación, acepta los fundamentos del recurso y pide también que se infirme la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, **administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 14 de junio de 1944, que ha sido materia de este recurso.

De acuerdo con el artículo 540 del C. J. se declara que este juicio queda en estado de proferirse sentencia definitiva de segunda instancia para lo cual se dispone que vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Publíquese, notifíquese. cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca — José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE DOMINIO — ERROR DE DERECHO Y ERROR DE HECHO

Muchas veces ha repetido la Corte que el error de derecho en materia de apreciación probatoria estriba en que los artículos legales invocados impongan determinada fuerza probatoria a los elementos desestimados en la sentencia, o en que priven de eficacia a los que sirvieron de fundamento esencial al fallo.

Y también ha repetido que el error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido un hecho, cuando no es así, o al contrario, de que no ha ocurrido, siendo así que está plenamente acreditado en el proceso. En suma, el error de derecho, en la apreciación de una prueba, implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba. El error de hecho sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Blanca Dorsonville de Molenda promovió en el juzgado del circuito de Villavicencio demanda en juicio de dominio, dirigida a obtener que se le reconozca que es dueña y se le restituyan dos lotes de terreno ubicados en la comprensión de ese municipio según los linderos especificados. Citó al juicio en calidad de demandados a los señores Mario E. Dorsonville, Carlos Dorsonville y Manuel A. Dorsonville a quienes sindicó del hecho de ser los actuales poseedores de los dos lotes con posesión de mala fe.

Negaron los tres demandados el derecho invocado por la actora, y también el hecho de ser ellos poseedores de los predios.

El juez de Villavicencio falló la litis condenando a Manuel A. Dorsonville según los términos de la demanda. Absolvió a los otros demandados, por no haber hallado que ellos también fuesen poseedores.

En la segunda instancia el Tribunal sentenció:

"1º La demandante Blanca Dorsonville de Molenda es dueña de los lotes de terreno a que se refiere la primera petición de la demanda, especificados por su situación y linderos en la parte motiva de este fallo".

2º Condénase a los demandados Mario E. Dorsonville, Carlos Dorsonville y Manuel Antonio Dorsonville a restituir a la demandante señora Blanca Dorsonville de Molenda, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, los lotes de terreno a que se refiere la declaración anterior, con sus cercas, anexidades y accesiones, teniendo en cuenta para tal restitución las constancias de la escritura de compra número 330 de 18 de marzo de 1932 pasada ante la Notaría 5ª de Bogotá y a la cual se hace referencia en la parte motiva de esta sentencia".

"3º Condénase a los mismos demandados Mario E. Dorsonville, Carlos Dorsonville y Manuel Antonio Dorsonville a pagar a la demandante Blanca Dorsonville de Molenda, previos los trámites señalados en el artículo 553 del C. J., los frutos naturales y civiles de los terrenos a que se refieren los numerales anteriores, considerándolos como poseedores de mala fe".

"4º Los demandados dichos deben pagar las costas del juicio en ambas instancias".

"En los anteriores términos queda reformada la sentencia apelada".

El apoderado de los demandados intenta ante la Corte el recurso de casación. A ese fin la demanda de casación concrétase a impugnar, por medio de varios cargos, el fundamento del fallo en que el Tribunal admite estar demostrado en el juicio el carácter en los tres demandados de poseedores de los dos lotes.

Al respecto de la posesión dice el sentenciador:

"En cuanto al tercer elemento o sea la posesión de los demandados, se observa:

"Los testigos llevados el día de la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal, señores Jorge Villalobos, Marco A. Moyano, Juvenal Villalobos y Abel Rey, cuyas declaraciones fueron ya relacionadas y que pueden ser estimadas como prueba por hacer parte del proceso (artículo 597, ordinal 2º del C. J.), dicen que los demandados han estado en posesión del terreno a que la demanda se refiere en sus puntos A) y

B) que fueron identificados y recorridos el día de la diligencia".

"Manuel Dorsonville, aceptó esa posesión para él y para su hermano Carlos al absolver posiciones en la primera instancia, en cuanto se refirió la demanda al lote alinderado por la letra B".

"Por último, los mismos testigos llevados por los demandados, se refieren a esa posesión, cuando dicen que los únicos poseedores de esos terrenos son los demandados y que a la demandante jamás la han visto ejerciendo actos de dominio en ellos".

"Lo anterior demuestra plenamente el tercero de los requisitos de la reivindicación, lo que está diciendo que esa segunda petición también debe prosperar".

Los cargos de Casación.

El recurrente luégo de transcribir los anteriores pasos de la sentencia, hace un extenso análisis de lso elementos probatorios relativos a la posesión de los demandados, y concluye con el capítulo "Recapitulación y síntesis" que es en donde la sala encuentra real y claramente formulados los cargos de casación, y que se resumen así:

1º Cuando el sentenciador vio en la prueba testifical, según la parte transcrita, que los señores Dorsonville son poseedores de los lotes A y B reivindicados, y no vio allí que dichos señores son más bien los poseedores de la hacienda de Buenavista, de la finca llamada Mirador de Buenavista y de las tierras de Cornetá y Servitá, situadas en Villavicencio, incidió en mala apreciación de la prueba testifical, con lo que cometió error de hecho y de derecho.

En efecto. Los testigos Jorge Villalobos, Marco A. Moyano, Juvenal Villalobos y Abel Rey, por una parte, Antonio Rincón Betancourt, Miguel A. García y Samuel Hernández por otra, no han afirmado que Carlos, Mario y Manuel Dorsonville, ni conjunta ni individualmente hayan sido poseedores de los lotes A y B, sino que ellos han poseído la hacienda de Buenavista y la finca de Mirador de Buenavista, compradas por los demandados según escrituras 772 de 1919 y 247 de 1940, dentro de las cuales está el terreno en que hállase una bañadera de ganado y un establo, terreno que no es parte de ninguno de los lotes A y B reivindicados.

Basado más o menos en este razonamiento el recurrente afirma que se violaron los artículos 1757, 1759, 1769 del código civil, y 697, 701, 702 704 del código judicial, en cuanto se les dio v lor a los testimonios sobre hechos infirmad por las partes mismas y por documentos auté ticos, y sobre hechos que son imposibles, con el de que la hacienda de Buenavista esté cor puesta de los lotes A y B materia de la reivind cación.

2º Al estimar el tribunal que las respuest dadas en posiciones por el demandado señor M nuel A. Dorsonville entrañan una confesión que él y Carlos Dorsonville, expresamente, Mario E. Dorsonville, tácitamente, son poseed res actuales de los lotes A y B, apreció mal es confesión. Pues el absolvente Manuel a su re puesta categórica de que sí estaba ocupando lote B, añadió una explicación de la cual de entendióse el tribunal. así como se desentend de que tal confesión versa sobre un hecho in posible, adolece de error inculpable y explic ble en los autos y contraría la verdad de hech que presentan varias escrituras públicas.

Por este camino el recurrente cree que el sen tenciador infringió los artículos 1769 y 1759 d código civil, y especialmente los artículos 60 604, 606 y 607 del código judicial.

3º Por no haber el tribunal estimado el m rito de varias escrituras, con las cuales, de un parte, se habían entendido exacta y raciona mente el valor y contenido de los testimonios, por otra parte. se había descubierto que los de mandados son propietarios y poseedores legít mos de las fincas de Buenavista, Mirador de Bue vista y Cervitá, que colindan con los lotes A B de la demandante, de los cuales no hace part la tierra en que están una bañadera y un establ y sin embargo el demandante pretende la bañ dera y el establo alegando que están compren didos en los lotes A y B.

Esas escrituras son la número 772 de 6 de no viembre de 1919, complementada por la núme 50 de 25 de enero de 1907. en virtud de la cu los demandados son dueños de la hacienda Buenavista que linda con terrenos que fuer de Antonio Rincón, y son hoy el lote A de la d mandante, y "el terreno Mirador de Buenavis de los demandados como lo dicen los linderos las escrituras 330 de 1932 y 247 de 1940, lo con fiesan las partes y lo indican los testigos, y tam bién son dueños de los terrenos de Cervitá Cornetal, colindantes con el lote B o el Porv nir, que constituían con éste la antigua hacien

Cervitá como consta en la escritura 330 de 32".

Examen de los cargos

La parte recurrente no discute en la demanda casación la legitimidad del título de propiedad presentado en el juicio por la actora, ni que virtud de ese título ésta sea dueña de los lo- A y B determinados por sus linderos, como define el tribunal.

El título es la escritura número 330 de 18 de arzo de 1932, de la notaría 5ª de Bogotá, debimente registrada en Villavicencio, donde es- los inmuebles, por medio de la cual Blanca rsonville de Molenda le compró al señor Anio Dorsonville los citados lotes de tierra, sen las siguientes determinaciones:

Lote A—"Un lote de terreno situado en jurisción del Municipio de Villavicencio, de la Indencia Nacional del Meta, comprendido den- de los siguientes linderos: 'Por el Oriente, n el camino de Restrepo que empalma con el e de Villavicencio conduce a Bogotá, por tos sus vueltas, hasta dar con terrenos de Laureano Jara; de este punto cien metros abajo del mino de Restrepo, lindando con terrenos de rederos de Laureano Jara; por este costado, n terreno de Antonio Rincón Betancourt, en nea recta hasta dar a una puerta vieja y de te sitio hacia arriba, por el camino de la Flo- da hasta dar a un mojón de piedra, y de aquí r todo el borde del barranco hasta dar al palo co, en donde se colocará un mojón de piedra; de este sitio en línea recta a dar a tres metros riba de un pomarroso en donde se colocará ro mojón; y de este punto en línea recta hasta r a la punta de una cerca de piedra a la vuel- del camino nacional lindando con terrenos de ancisco Sánchez;

Lote B—"Un globo de tierra denominado antiamente "Cucurucho", hoy el "Porvenir", que cía parte de la hacienda de **Servitá**, y se halla icado en jurisdicción del Municipio de Villavincio, de la Intendencia Nacional del Meta, por siguientes linderos generales: "Por el Oriendesde un mojón designado con el nombre de azmín' clavado en la orilla del camino abierto r el doctor Emiliano Restrepo E., desde el Alto Buenavista en dirección al Sur y costeando parte occidental de la Cordillera de Buenasta, siguiendo dicho camino por todas sus vueltas hasta el punto donde lo corta la prolongación de la línea recta que parte del punto denominado "Morro Gacho" y que pasa por la confluencia del Caño Cacique con el Caño de La Corona, afluente del Caño del Pescado, lindando por todo este lado con tierras que fueron de Emiliano Restrepo E.; por el Sur, la línea recta que baja del punto últimamente mencionado hasta "Morro Gacho"; de aquí en línea recta hasta el punto denominado "Morro Gordo"; sobre la cuchilla que divide aguas entre el Caño del Pescado y el Caño de los Azulejos; de "Morro Gordo" siguiendo la cima de la cuchilla últimamente mencionada hasta cerca de la terminación de dicha cuchilla en el punto denominado "Morro Claro", lindando por todo este costado con terrenos que fueron de Emiliano Restrepo E.; por el Occidente, desde el punto denominado "Morro Claro" una recta a caer al Caño del Pescado, en el punto llamado "Chupadero", que queda poco más o menos a sesenta metros arriba del paso del Caño del Pescado, lindando en este trayecto con terrenos que fueron del señor Emiliano Restrepo E.; del punto llamado "Los Chupaderos", Caño del Pescado aguas arriba hasta su confluencia con el Caño de Vijagual y siguiendo este caño aguas arriba hasta la confluencia de la quebrada de "La Laguna" o "Alejandría" con el "Caño de Vijagual", lindando en este trayecto con terrenos de Deogracias Navarro; y por el Norte, una línea recta que partiendo de la confluencia de la Quebrada de Vijagual con la quebrada de "La Laguna" o "Alejandría" va al mojón del "Jazmín", punto de partida de esta alinderación, lindando por este lado con terrenos que fueron de Emiliano Restrepo E."

Según lo expresado en el título y en el certificado del registrador de Villavicencio, el lote A adquiriólo el vendedor Dorsonville por adjudicación que se le hizo en la sucesión de Antonio Rincón, protocolizada en escritura 15 de 16 de marzo de 1928; y Antonio Rincón a su vez había adquirido el lote del doctor Emiliano Restrepo E. según escritura 30 de 16 de abril de 1892.

Según las mismas fuentes el lote B lo adquirió Antonio Dorsonville así: la mitad de José Antonio y Rafael Eliseo Carrasquilla según escritura número 308 de 13 de febrero de 1903, notaría 2ª de Bogotá; y la otra mitad de Antonio Estévez Obando, de acuerdo con escritura pública número 471 de 10 de marzo de 1905, de la misma notaría.

En la segunda instancia el tribunal practicó una inspección ocular sobre los terrenos con el objeto de identificar y de comprobar hechos relativos a su actual poseedor.

Respecto al lote A, que según el acta de la diligencia "tendrá una extensión aproximada de cinco a seis hectáreas más o menos con pastos micay y grama" las partes discordaron solamente en cuanto al sitio terminal del lindero, pues en tanto que la demandante sostiene que la línea pasa más próxima a las casas de la hacienda de Buenavista, al punto de comprender el establo que está cerca de dicha casa, la demandada sostiene otra línea menos próxima, de manera de quedar por fuera el establo, cuyos pisos son de cemento y la cubierta de teja de zinc, y una bañadera construída a distancia del establo, adyacente a una cerca de piedra antigua. Añade el acta que "en la parte de arriba de este lote no tiene cerca limitoria (sic) con la finca de Buenavista, únicamente lo separa el camino de Restrepo".

El demandado señor Manuel A. Dorsonville manifestó que de este terreno tiene la posesión de lo que le señala la escritura número 247 de 1940, otorgada en Villavicencio, "o sea la parte circunscrita al establo que observó el personal de la diligencia y que el resto está en común con la finca o lote de Buenavista".

Respecto del lote B, denominado antiguamente Cucurucho, hoy El Porvenir, según se anotó en la diligencia, es terreno montañoso y bastante quebrado, cuya identificación se hizo con el auxilio de varios testigos, llamados por ambas partes. Los demandados dejaron constancia de que no lo tienen en posesión.

También léese en la diligencia que ambas partes expresaron que tanto el lote A como el B, son distintos de los terrenos a que se refiere la escritura número 772 de 6 de noviembre de 1919.

Interrogados los testigos que ambas partes llevaron a la diligencia, muy conocedores de la región, algunos de ellos vecinos de la finca de Buenavista, tres de ellos estuvieron más o menos acordes en declarar:

Jorge Villalobos: los demandados Dorsonville han estado ocupando durante los últimos años la hacienda de Buenavista, entendiendo por ésta, según el testigo también los dos globos de tierra A y B. Esa ocupación la ejercen como si fueran dueños, viviendo en las casas de habitación de la hacienda, tienen ganados en los potreros, ordeñan vacas, etc. En todo caso el testigo ha que en el lote de El Porvenir, en algunas siones, pastan ganados de la hacienda de B vista, aun cuando después, contestando a repregunta dijo que no sabía quién poseí lote.

Juvenal Villalobos asegura más enfática la posesión que ejercen sobre los lotes A como parte de la hacienda de Buenavista, l ñores Manuel y Carlos Dorsonville; y de dice que muy de vez en cuando lo ve en l cienda.

Abel Rey ha visto a los señores Dorso **manejando** los lotes identificados en la di cia, como parte de la hacienda de Buena ellos viven en las casas de la hacienda, or vacas y se ven a veces dentro de los potre

El otro testigo de la diligencia Marco A yano en definitiva nada declaró sobre la sión de los Dorsonville.

Los testigos fueron rigurosamente contr rrogados por el apoderado de los deman sobre cuestiones de linderos de los lotes, u ción de la bañadera y el establo dentro o de éstos, lo que fue la hacienda de Buena la finca de Antonio Rincón, etc., a lo que ralmente los testigos no pudieron dar respu satisfactorias.

En la primera instancia, al absolver po nes el demandado Manuel aceptó que junt Mario ocupa como dueño el lote B.

En el alegato de conclusión presentado p apoderado de los demandados en primera in cia acepta que éstos poseen el lote B.

En la primera instancia, a petición de lo mandados declararon los señores Antonio R Betancourt, Miguel A. García y Samuel He dez, alrededor de los siguientes hechos:

a) Que conocen el lote Mirador de Buen por linderos determinados, sobre el cual ej posesión los señores Mario y Manuel Dorso desde que éstos le compraron al primero c testigos por escritura pública número 247 e tubre de 1941, lote en el cual aquéllos co yeron un establo. En este lote nunca ha e do actos de dominio la demandante;

b) La bañadera para ganado que se encu hacia atrás de la casa de la hacienda de B vista, está en terrenos pertenecientes a est ca o sea dentro del lote que le fue adjudic Antonio Dorsonville en el juicio de sucesi María Resurrección Rincón de Sánchez;

El terreno a que la demanda se refiere mar- con la letra B, está comprendido en su ma- parte, por las fincas de Cornetal y Cervitá, ida a los señores Mario y Carlos Dorson- por don Antonio Dorsonville, según escri- número 772 de 6 de noviembre de 1919, otor- en la notaría 5ª de Bogotá.

La señora Blanca Dorsonville de Molenda a ha poseído las fincas mencionadas, las es están poseídas desde hace más de diez por los compradores Mario y Carlos Dor- ille, en calidad de dueños únicos y exclusi- explotando maderas y desmontes para esta- er potreros de pasto artificial.

---

demanda de casación resiéntese de confu- en la forma como plantea los cargos, pues e las mismas pruebas apreciadas por el tri- l acusa indistintamente por error de dere- y por error de hecho, como si ninguna dife- ia hubiera entre estos dos medios de ataque. uchas veces la sala ha repetido que el error lerecho en materia de apreciación probatoria ba en que los artículos legales invocados im- gan determinada fuerza probatoria a los ele- tos desestimados en la sentencia, o en que en de eficacia a los que sirvieron de funda- to esencial al fallo.

también ha repetido que el error de hecho iste en la creencia equivocada de que ha su- do un hecho, cuando no es así, o al contra- de que no ha ocurrido, siendo que está ple- ente acreditado en el proceso.

n suma, el error de derecho, en la apreciа- de una prueba, implica la falsa noción de ey, a la luz de la cual se examina la prueba. rror de hecho, sólo se concibe como la falsa ón del hecho de que la prueba da cuenta.

recurrente con igual raciocinio sustenta los os de error de hecho y de derecho; y las osiciones legales infringidas se proponen de o global, indiscriminadamente, sin vincula- particular a la consecuente premisa.

defecto de técnica anotado obliga a la Cor- separar lo que el recurrente ha presentado nsa pero irregularmente, lo cual dificulta, ausencia de claridad, el estudio del recurso.

Los errores de derecho

n la apreciación de las pruebas éstos tendrían consistir, por una parte, en que las declara- ciones traídas al debate hubieran sido estimadas contra lo dispuesto por las leyes, y por otra, en que sucediera lo mismo respecto de las escrituras públicas. No sería error de derecho el que el tribunal hubiérales dado a tales elementos mayor o menor eficacia probatoria de la que en realidad les corresponde, de acuerdo con su texto, viendo el tribunal por ejemplo algo que las declaraciones no dicen, o dejando de ver lo que las escrituras o confesiones dicen. Esto sería más bien error de hecho, el cual para que prospere como cargo de casación debe aparecer evidente.

Pero el tribunal no cometió el error de derecho que se le imputa, porque la ley le mandaba tener en cuenta las declaraciones en que se apoyó, ora para ver con ellas demostrada la posesión, o bien para declararse insatisfecho respecto de la misma. El tribunal optó por lo primero; entonces esa apreciación sólo es posible hacerla caer mediante el ataque por error de hecho.

El tribunal tampoco incidió en error de derecho al tener en cuenta, para robustecer su convicción de que los demandados son poseedores, la declaración de Manuel A. Dorsonville contenida en las posiciones que rindió en primera instancia, de que él junto con Mario ocupan el lote B en calidad de dueños. Las disposiciones relativas a la prueba de confesión que cita el recurrente, precisamente autorizaban al tribunal para darle entrada a esa prueba en calidad de confesión. Ahora que ella haya sido mal apreciada, confiriéndole demasiado valor, o desatendiendo otras circunstancias que la desvirtúen, ese ya no es error de derecho, sino error de hecho. Además, aun cuando el tribunal hubiera cometido error de derecho dándole a la confesión de Manuel fuerza probatoria contra Carlos y Mario, ello no modificaría la conclusión de la sentencia que se fundó más que todo en la prueba testimonial.

Y respecto del cargo de que el tribunal olvidó el contenido de las escrituras públicas, con las cuales de una parte se habían entendido mejor las declaraciones de los testigos, y de otra, se había descubierto que los demandados son propietarios de las fincas de Buenavista, Mirador de Buenavista y Cervitá, colindantes con los lotes A y B, ese cargo tampoco puede ser por error de derecho, ya que por referirse a la falta de apreciación de una prueba, es igualmente puro error de hecho.

El error de hecho

"Hay error evidente en la apreciación de las pruebas cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del proceso. En otros términos para que haya esta clase de error en la apreciación de pruebas, es necesario que resulte demostrado de un modo evidente de esas pruebas y de otros comprobantes del proceso, que el juicio del tribunal es contrario a la realidad de las cosas". (Jurisprudencia de la Corte, tomo III, Nº 1531).

Por otra parte "cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar una de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa". (Obra y tomo citados, número 1518).

De manera que para aceptar el cargo por error de hecho en relación con la apreciación de una prueba, tiene que aparecer de manifiesto que esa apreciación es contraria a la evidencia misma de los hechos.

Lo que no ocurre con el cargo de error de hecho formulado por el recurrente. Pues basta el recuento de las pruebas en que apoyó el tribunal la conclusión de que los Dorsonville son poseedores, para sentir el ánimo inclinado a compartir la misma idea. La cuestión lejos de ser dudosa, se presenta bastante clara. Lo que ocurre es que el recurrente en su extenso memorial hace el mayor esfuerzo, tomando elementos dispersos de aquí y allá, tendiente a lograr que la Corte se forme un juicio contrario al que se formó el tribunal, es decir a que la sala desplace el veredicto del sentenciador, a que llegó por sobre el haz probatorio, por el propio del recurrente. Ello es inaceptable. Los tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas. Esa soberanía es definitiva en tanto no se demuestre que el sentenciador con determinada prueba concibió una noción marcadamente deformada de un hec básico dentro de la cuestión debatida.

Dentro del sentido de la demanda de casaci tendiente a conseguir que la Corte cambie juicio que se formó el tribunal, a través de pruebas, acerca de que los demandados tien la posesión de los lotes, todo intento a ese fin vano, mientras no resplandezca un error de h cho en la apreciación de los diferentes eleme tos que el sentenciador tuvo en cuenta y mie tras la discusión se mantenga, sobre el punto c lindero de los lotes.

El recurrente dice en la demanda de casaci que "deduciéndose de las circunstancias que cuestión de fondo es cuestión de linderos, se pr tende por este juicio obtener lo que es mater de un juicio de deslinde y amojonamiento".

De manera que se admite que para la par demandada la cuestión de fondo es cuestión linderos. Con lo cual se patentiza la falta de fu damento de los cargos de casación, pues hac mérito, en este recurso, del desacuerdo entre l partes sobre un lindero, cuando la controvers ha rodado principalmente sobre el dominio y p sesión de todo el inmueble, es darle en cier modo razón al sentenciador, o por lo menos ace tar implícitamente que el error de hecho de q se acusa a éste en la apreciación global del h probatorio, no es tan marcado o manifiesto. cual es suficiente para rechazar el cargo.

Sentencia

Por lo relacionado la sala de casación de Corte Suprema de Justicia, administrando és en nombre de la república de Colombia y p autoridad de la ley, no casa la sentencia del t bunal superior de Bogotá, materia del recurs

Las costas del recurso son de cargo del rec rrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese la GACETA JUDICIAL.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pi da — Ricardo Hinestrosa Daza — José Anto Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José V gas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

ABUSO DE AUTORIDAD

El artículo 171 del Código Penal muestra con toda claridad que el legislador, además de prever en otros capítulos del Código las diferentes especies de delitos en que pueden incurrir los funcionarios públicos por razón o con pretexto del ejercicio de sus funciones, ha sido tan celoso en el amparo de los ciudadanos contra posibles ilegalidades de aquellos funcionarios, que erigió en delito la mera arbitrariedad o actuación injusta o antijurídica en contra de una persona o de una propiedad, cualquiera que haya sido el móvil del acto ilegal, y "fuera de los casos especialmente previstos como delitos", dice el artículo aludido.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, cuatro de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

Por auto fechado el treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro esta Sala llamó a responder en juicio al ex-Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, doctor Miguel Ocampo Patiño, por el delito de prevaricato de que trata el Capítulo V del Título III, Libro Segundo del Código Penal, "en el cual incurrió dicho señor (expresa el auto citado), con motivo de sus actuaciones relativas a un litigio entre Evangelina Castro y Jenaro Charry sobre restitución de un inmueble ubicado en el municipio de Sevilla, Departamento del Valle, actuaciones del doctor Ocampo Patiño consumadas en el año de mil novecientos cuarenta".

Al notificársele tal auto de proceder, el ex-Magistrado Ocampo Patiño designó defensor al doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola; y tanto éste como el procesado han dirigido a la Sala memoriales en que solicitan reposición del enjuiciamiento; y el defensor pide expresamente que se sobresea.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 158, Código de Procedimiento Penal, la petición de revocatoria se puso en conocimiento del Ministerio Público para que pudiera objetarla. El señor Procurador Delegado nada dijo al respecto y el expediente volvió al despacho en veintidós de noviembre último.

En el auto de proceder emitido por esta Sala se hizo un detallado relato de los hechos que originaron las inculpaciones formuladas al ex-Magistrado doctor Ocampo Patiño a continuación del cual formuló la Corte estas conclusiones:

1º El Registrador de Instrumentos Públicos de Sevilla en el año de mil novecientos treinta y tres, doctor Ocampo Patiño, inscribió ilegal e indebidamente en libros a su cargo la escritura de venta hecha por Jenaro Charry de un inmueble que se hallaba fuera del comercio pues sobre él pendía demanda de restitución entablada por Angelina Castro contra el mismo Jenaro Charry, demanda registrada dieciseis meses antes en aquella oficina;

2º El pleito de la Castro contra Charry fue fallado en definitiva por el Tribunal Superior de Buga (no siendo el doctor Ocampo Patiño Magistrado todavía), en el sentido de declarar que Evangelina Castro era la legítima dueña del inmueble y que Charry debía restituírlo;

3º Al tratar de cumplirse tal sentencia y de entregarle a la Castro su casa, se opuso a la entrega Eduardo Hoyos, causahabiente del demandado vencido en el juicio: el Juez, por este motivo, no aceptó la oposición;

4º Al doctor Miguel Ocampo Patiño Magistrado del Tribunal Superior de Buga en mil novecientos cuarenta, correspondió conocer de la oposición a la entrega del inmueble, y a pesar de haberlo recusado la parte interesada, por enemistad entre ella y el Magistrado y fundándose

también en el antecedente de que trata el punto anterior, el Magistrado Ocampo Patiño negó los motivos de recusación y continuó conociendo del asunto;

5º El señor Eduardo Hoyos, para hacer oposición a la entrega de la finca que había sido materia del pleito entre Evangelina Castro y Jenaro Charry, se presentó como causahabiente de éste, es decir, del demandado vencido: el Juez negó, como era natural, el pretendido derecho de Hoyos a oponerse a la entrega;

6º Pero el Magistrado Ocampo Patiño declaró sin valor las actuaciones del Juez (que se limitaban a cumplir una sentencia del Tribunal) y ordenó se volviera a poner en posesión de la finca a Eduardo Hoyos.

La actuación del Magistrado del Tribunal Superior de Buga, doctor Miguel Ocampo Patiño fue manifiestamente ilegal en el asunto de que se viene tratando, por doble aspecto:

a)—Si la decisión que él profirió presuponía que la escritura de venta de Jenaro Charry a otro había sido correcta y válidamente registrada por el ex-registrador Miguel Ocampo Patiño, ese Magistrado tenía interés en fallar en el sentido que justificara su proceder como antiguo registrador en el mismo asunto: y no sólo prescindió de tomar en cuenta esta razón de impedimento sino que se opuso a la recusación contra él propuesta.

b)—La oposición de Eduardo Hoyos a que se entragara la finca materia del pleito Castro-Charry a su legítima dueña era inadmisible puesto que en realidad el opositor venía siendo el mismo demandado vencido en el juicio: aceptar la oposición equivalía a negarse a cumplir la sentencia ejecutoriada proferida por el mismo Tribunal Superior de Buga.

El demandante, doctor Tiberio Ospina atribuye además, la conducta ilegal del Magistrado Ocampo Patiño de enemistad por motivos de política banderiza, pues los dos pertenecen a corrientes o bandos en fuerte pugna, aunque dentro del mismo partido político. La Procuraduría de la Nación hace acerca de este particular los siguientes comentarios:

Aquella enemistad pudo no tener el carácter de grave, pero sí es muy elocuente para apreciar la conducta del Magistrado al revocar el auto del Juez en que se desechó la oposición del señor Hoyos por considerar a éste como causahabiente del demandado Charry.

La animadversión hacia el apoderado de la demandante, como también el interés en que se respetara un título de dominio originado de una infracción penal consumada por el Registrador, que llegó a ser después Magistrado del Tribunal, fueron los móviles que hasta el momento aparecen como motivos para que el funcionario denunciado dictara la providencia de 28 de noviembre de 1940, manifiestamente injusta y notoriamente contraria a la ley.

El distinguido defensor del procesado principia sus alegaciones impugnando la idea de que hubiese podido ser delictuosa por parte del doctor Miguel Ocampo Patiño la inscripción que él hizo en el año de mil novecientos treinta y cuatro de la escritura de compra-venta del inmueble sobre el cual pesaba un embargo registrado en la misma oficina cuatro meses antes. Y el procesado también principia su alegato de reposición diciendo que en aquel acto suyo cuando era registrador no hubo mala fé "ni mucho *menos* intención manifiesta de causar perjuicio a nadie".

Dice luego el señor defensor que el largo tiempo transcurrido explica, por el natural olvido en un lapso considerable, que el doctor Ocampo Patiño Magistrado del Tribunal Judicial de Buga, seis años después, no tuviera memoria de aquella actuación del mismo como registrador, ya que no es posible exigir a un funcionario público que recuerde cada uno de los incidentes y trámites en que interviene. Y que por ello no es lógico relacionar las dos actuaciones como si estuvieran íntimamente ligadas entre sí.

E independizando la del Magistrado de la que años atrás tuvo el Registrador, alega la defensa que la tesis sostenida por dicho Magistrado y que motivó la denuncia contra él, aunque pueda ser errónea tiene algún respaldo en teoría sostenida por cierto abogado de renombre, de manera que no puede tildarse como desprovista en absoluto de todo fundamento.

Dice también el señor defensor que el cargo de prevaricato no tiene como prueba sino un solo indicio, o sea, el hecho de haber inscrito en el registro años antes el doctor Ocampo Patiño la famosa escritura de compraventa cuando el inmueble que era materia de ella estaba ya embargado; y que un solo indicio no es prueba suficiente pues el delito de prevaricato implica el elemento **a sabiendas** y en el presente caso no existe la prueba —que debe ser plena— de dicho elemento.

Para resolver se considera:

No es dable aislar. como lo desea el señor defensor, el auto ilegal proferido por el ex-Magistrado doctor, Ocampo Patiño, de la inscripción hecha por él años antes en la oficina de Registro. Las posibles fallas de memoria de dicho señor, explicables por el transcurso del tiempo, tuvieron necesariamente que cesar desde que el abogado que apelaba ante el Tribunal recusó al doctor Ocampo Patiño expresando con toda claridad que lo hacía por dos motivos uno de los cuales era la actuación del antiguo registrador relativa al inmueble materia del pleito.

Si el Magistrado Ocampo sólo hubiese dictado la providencia aludida, sin haber tenido antes que ver con registro de venta sobre el mismo inmueble embargado; y si no se hubiese obstinado en oponerse a la recusación presentada contra él, este proceso tan sólo enfocaría a la cuestión de enemistad entre el mismo y una de las partes del juicio en el cual ocurrieron los hechos incriminados al doctor Ocampo Patiño.

Pero la concurrencia de todos aquellos hechos o factores no se explica lógicamente por una mera coincidencia.

De modo que esta Sala, estudiado de nuevo el asunto, encuentra insuficientes las razones de los peticionarios en cuanto a las cuestiones de hecho y no puede, por ende, cambiar el auto de proceder por uno de sobreseimiento como lo pide el señor defensor.

Otra cosa es en lo relativo a los elementos legales constitutivos de la infracción imputada al ex-Magistrado, doctor Ocampo Patiño.

Al solicitar reposición del enjuiciamiento el defensor del doctor Ocampo Patiño plantea, como argumento principal, la falta de comprobación plena de la circunstancia o elemento **a sabiendas,** propio del delito de prevaricato.

En el auto reclamado explicó la Sala cómo el interés del Magistrado Ocampo Patiño en cohonestar su actuación como antiguo registrador en el mismo asunto, y su pertinacia en fallar sobre este como Magistrado no obstante la recusación propuesta contra él, son la prueba de que al dar su fallo contra la ley obró a sabiendas.

La defensa —y aun el mismo procesado— insisten en que a pesar de tales apariencias lo sucedido en realidad es que el Magistrado Ocampo incurrió en error al proferir la decisión judicial que ha motivado este proceso.

El delito de prevaricato lo define el artículo 168 del Código Penal:

"El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años.

"Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de dos a ocho años de presidio".

Y el delito de abuso le autoridad aparece anunciado por el artículo 171 del mismo Código como sigue:

"El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo, y en multa de diez a quinientos pesos".

Comparando estas dos disposiciones de la ley se ve que del prevaricato da el Código una noción bastante compleja, integrada por varios elementos uno de los cuales es el **a sabiendas** de parte del prevaricador. No así el abuso de autoridad, infracción que ocurre con el solo hecho de que el funcionario haya cometido o hecho cometer "acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad".

En el caso de que se trata son tres los hechos o circunstancias que sindican como prevaricador al ex-Magistrado Ocampo Patiño: un interés en favor de él mismo, proveniente del deseo de justificar o al menos excusar el registro que ilegalmente efectuó años antes; un interés en contra del abogado de la parte contra la cual vino fallando el mismo Ocampo Patiño; y su renuencia para separarse del conocimiento del asunto a pesar de la recusación propuesta contra él.

De estos tres hechos el último apenas constituye un indicio del interés que tenía en fallar acerca del asunto de que se trata y en el sentido en que lo hizo; los otros dos hechos, interés en favor de sí mismo o interés en contra de un adversario político, vienen a confundirse, para el efecto probatorio, en un solo indicio: el del interés, que en este caso presenta dos faces.

Así las cosas la circunstancia del **a sabiendas,** en este caso elemento constitutivo del prevari-

cato, tiene una comprobación indiciaria pero no con plena prueba, puesto que no obra sino un solo indicio, grave por cierto, o sea el del interés (aun siendo múltiple) que el ex-Magistrado podía tener para fallar en determinado sentido.

Como el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal exige para el enjuiciamiento que "en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito"; y el artículo 217 del mismo Código dice que "un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada", resulta que en el caso del ex-Magistrado Ocampo Patiño no hay prueba plena de uno de los elementos constitutivos del cuerpo del delito del prevaricato, o sea el **a sabiendas,** porque los varios indicios referentes a él no constituyen en realidad sino uno solo y porque éste no alcanza a la categoría de necesario.

Tratándose de prevaricato consistente en dictar "sentencia' resolución o' dictamen contrarios a la ley expresa o manifiestamente injustos", (artículo 168 del Código Penal), el elemento **a sabiendas** forma parte, a la vez, del cuerpo del delito y de la responsabilidad. Como factor de responsabilidad puede considerarse demostrado por un indicio grave, cual es el del móvil; pero como elemento del cuerpo del delito requiere prueba plena (artículo 429, Código de Procedimiento Penal) que en este caso no existe para un Juez de derecho porque un solo indicio —aun grave— no tiene la fuerza de prueba plena.

No así en lo relativo a la infracción punible denominada **abuso de autoridad.**

El artículo 171 del Código Penal muestra con toda claridad que el legislador, además le prever en otros capítulos del Código las diferentes especies de delitos en que pueden incurrir los funcionarios públicos por razón o con pretexto del ejercicio de sus funciones, ha sido tan celoso en el amparo de los ciudadanos contra posibles ilegalidades de aquellos funcionarios, que erigió en delito la mera arbitrariedad o actuación injusta o antijurídica en contra de una persona o de una propiedad, cualquiera que haya sido el móvil del acto ilegal, y "fuera de los casos especialmente previstos como delitos", dice el artículo aludido.

Esta disposición legal cuadra perfectamente con el caso de que ahora se trata.

Por una parte es innegable que el ex-Magistrado, doctor Ocampo Petiño emitió una providencia contraria a la ley cuando ordenó entregar de nuevo el inmueble que había sido objeto de un pleito, al causahabiente del demandado vencido, actuación de dicho ex-Magistrado que fue manifiestamente ilegal; y el haber asumido, al ser recusado, una actitud incorrecta, unido a las demás circunstancias, no permite considerar inculpable o inocente la conducta del doctor Ocampo Patiño en el asunto que originó este sumario.

En resumen: para la Corte es claro que el ex-Magistrado, doctor Ocampo Patiño profirió una decisión injusta y arbitaria, contra ley expresa; y mediando los antecedentes que muchas veces se han mencionado en esta providencia puede aseverarse sin temor a caer en exageración que en el Magistrado existía cierta animosidad la cual lo llevó a fallar en el sentido que ya se conoce.

Ahora: si hubiese prueba incontrovertible de que su parcialidad fue consciente, lo legal y justo sería sostener el enjuiciamiento por prevaricato. Más, como no hay plena prueba de ello, es decir, del a sabiendas, debe optarse por la otra hipótesis, o sea, arbitrariedad e injusticia provenientes de error propiciado por obra subconsciente del doble interés que obraba en su ánimo. Proceso psicológico explicable también por una reacción propia del temperamento pugnaz del ex-Magistrado, doctor Ocampo Patiño, que se hizo bien visible en los incidentes de recusación y, más tarde, en la diligencia de indagatoria.

Quiere todo ello decir que si la actuación del ex-Magistrado no alcanza a calificarse como prevaricato en razón del valor legal de la prueba estrictamente apreciado, sí se acomoda —y con amplio margen— dentro de la denominación de abuso de autoridad, calificación ésta bastante benigna para el censurable manejo del doctor Ocampo Patiño, como Magistrado fallador en el juicio civil mencionado al principio de la presente providencia.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

1º—Refórmase el auto de proceder dictado con fecha treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro contra el ex-Magistrado del Tribunal Superior de Buga, doctor Miguel Ocampo Patiño, en el sentido de declarar, como se declara, insubsistente el llamamiento a juicio por el

delito de prevaricato; y llámasele, en cambio, a responder por el de abuso de autoridad de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro Segundo del Código Penal, infracción en la cual incurrió dicho ex-Magistrado por sus actuaciones como tal en un litigio entre Angelina Castro y Jenaro Charry sobre restitución de un inmueble ubicado en el Municipio de Sevilla, Departamento del Valle, actuación del ex-Magistrado, doctor Miguel Ocampo Patiño ocurrida en el año de mil novecientos cuarenta;

2º—Como el delito le abuso de autoridad por el cual se procesa al doctor Ocampo Patiño no tiene señalada pena de presidio ni de prisión, revócase la orden de detención dada contra él en el auto de treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro el cual en esta parte también quela reformado.

Cópiese, notifíquese como lo previenen los artículos 170, 432 y concordantes del Código de Procedimiento Penal y, una vez ejecutoriado, insértese este auto en la Gaceta Judicial.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre —Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Hernando Carrizosa Pardo, Conjuez. — **Julio E. Arguello R.**, Secretario.



AUDIENCIAS DEL PROCESO

La prolongación de las audiencias en un juicio por Jurados, que pueda fastidiar a éstos, no es motivo para declarar que el reo se ha quedado sin defensa cuando consta que el defensor ha hecho uso de la palabra varias veces.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

El diecisiete de julio de mil novecientos treinta y nueve, ante el Inspector de Policía de Palestina, Circuito Judicial de Istmina en el Chocó, el Comisario mayor de la fracción de **Agua Negra** denunció a Leandro Murillo como autor de la muerte de Petronio Hurtado ocurrida el día anterior a eso de las ocho de la mañana y después de un baile en que es de suponer que habría copiosas libaciones, en la casa de Román Hurtado la noche del quince y dieciseis.

Recibidas por el Inspector de Policía de Palestina las primeras declaraciones, remitió tales diligencias al Prefecto de la Provincia y éste, a su vez, las envió al Juzgado de Circuito de Istmina y puso a órdenes de éste al sindicado Leandro Murillo quien se hallaba detenido en la cárcel del circuito.

Como el proceso estaba apenas iniciado, el Juez decretó la práctica de numerosas diligencias, entre otras, la autopsia del cadáver. Mientras el Prefecto Provincial, comisionado por el Juez del Circuito para la ampliación del sumario, recibía las declaraciones, fueron pasando días sin que se llevara a cabo la autopsia pues el médico primeramente designado, se excusó por motivo de enfermedad; y aun cuando en el expediente aparece la actuación de distintos funcionarios para conseguir que otro médico fuese a practicar la autopsia, lo cierto es que esta diligencia por fin no se cumplió, pues no pudo lograrse que algún facultativo la llevara a cabo. Tampoco fue posible allegar a los autos la partida de defunción (v. folio 45 vto.).

Más tarde se pidió concepto a los médicos legistas de Cali quienes opinaron que la exhumación del cadáver resultaba inútil dado que la defunción de Petronio Hurtado había ocurrido seis meses antes y que no siendo ósea la lesión que causó la muerte, era de presumir por las condiciones climatéricas, etc., que la putrefacción del cadáver no permitiese ya efectuar la autopsia.

No obstante estas deficiencias del proceso, en él obraba suficiente prueba testimonial para establecer de modo claro que Petronio Hurtado falleció minutos después de haber recibido una puñalada en la región del cuello; y en la audiencia ante el Jurado se hizo comparecer a los médico-legistas para que dictaminaran, basados en las declaraciones, sobre la causa de la muerte de Hurtado.

Por otra parte, los testigos dicen que tan pronto como Petronio fue herido vieron a Leandro Murillo que huía con una arma en la mano; algunos le oyeron decir al moribundo que era Leandro quien lo había herido; y hay dos declarantes: Santos Lizalda y José Alvarez González, que dicen haber presenciado el hecho mismo: según estos testigos la acción de Murillo sobre Hurtado fue sorpresiva y fulminante. A todo lo cual se agregan ciertos antecedentes de enemistad entre Hurtado y Murillo cuya existencia ha sido reconocida por el procesado.

El Juez Segundo Superior de Cali, dictó el auto de proceder contra Leandro Murillo. providencia muy razonada y serena que sirvió de base a la formulación de las preguntas al Jurado sobre ejecución material del hecho. propósito de dar la muerte. circunstancias de indefensión e inferioridad de la víctima y premeditación acompañada de motivos innobles y bajos. los cuales contestó afirmativamente el Jurado por mayoría de votos. Por solicitud de la defensa se preguntó también al Jurado si Leandro Murillo se hallaba en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o por otra sustancia cuando se cometió el hecho. y si lo ejecutó en estado de ira o intenso dolor causado por grave o injusta provocación, cuestiones que el Jurado contestó negati-

vamente por cuatro votos contra uno afirmativo.

De acuerdo con el veredicto la pena imponible era la correspondiente al delito de asesinato; y el Juez **a quo** señaló el mínimo de quince años. condenación que luego hubo de confirmar el Tribunal Superior.

El procesado y su defensor han recurrido en casación y la Corte entra a decidir acerca de este recurso.

Dice el señor Procurador Delegado:

"Sólo Murillo ha presentado ante la Corte dos memoriales que propiamente son alegatos de instancia, y no demanda de casación.

"Invoca las causales primera, segunda, tercera, cuarta y séptima del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pero sin hacer de ellas estudio separado.

"Unicamente se refiere de manera especial a la nulidad del juicio, porque tres de los jurados que actuaron en la audiencia le cercenaron el derecho de defensa.

"Sería, pues, pertinente a este respecto la causal cuarta de casación.

"Por vía de amplitud, procede la Procuraduría a contestar el cargo.

"Lo ocurrido fue esto:

"Después de varias y prolongadas audiencias, en que hablaron con toda amplitud el agente del Ministerio Público y el señor defensor, éste hizo en la última sesión una síntesis de sus puntos de vista, como aparece del siguiente pasaje del acta respectiva:

'Lee nuevamente —el defensor— todas y cada una de las declaraciones recogidas; recapitula sus puntos de vista en relación con las contradicciones, hace un minucioso examen de las frases consignadas en los mismos testimonios y concluye afirmando que en modo alguno se encuentran demostrados los elementos que para condenar requiere la ley. Ocupa en esto la defensa el largo de dos horas'.

"En este momento y posiblemente ya cansados los jueces de hecho por el dilatado debate que llevaban pendiente, resolvieron dirigirse por escrito al señor Juez de la causa declarándole que estaban suficientemente ilustrados en la materia y que le pedían les entregara los cuestionarios para proceder a dar su veredicto.

"Esto exasperó el ánimo del señor defensor y renunció a continuar el uso de la palabra, terminándose así la audiencia.

"Aunque el acto no se clausuró de manera normal, sin embargo, no puede decirse que la audiencia se realizara menoscabando el derecho de las partes, pues el Fiscal y el defensor hablaron con toda libertad y extensamente durante varios días y en sesiones distintas, de tal suerte que sí dispusieron de la oportunidad debida para sustentar como a bien tuvieron sus encontradas apreciaciones acerca del delito y de la responsabilidad del acusado.

"En manera alguna Leandro Murillo se quedó sin defensa, pues la tuvo y muy vehemente por cierto, de parte de su defensor.

"Basta lo dicho para que la Procuraduría pida atentamente a la H. Corte que no case la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Cali".

Para resolver la Core considera:

La sentencia del Juez de primera instancia es una pieza no inferior al auto de proceder que, como ya se dijo, fue una razonada y serena providencia.

Conviene destacar, en lo relacionado con el argumento propuesto para sustentar la casación, un aparte de aquella sentencia que permite apreciar en su justo valor el incidente ocurrido en la audiencia ante el Jurado.

Dice así el Juez:

"Considerando 1º No afecta la actuación causa alguna de nulidad, aún teniendo de presente los incidentes que ocurrieron durante la celebración de la audiencia pública. Ellos, no tienen la gravedad que se ha pretendido atribuírles, ni dan margen a ninguna investigación criminal. Se explican, más bien, por la claridad del caso controvertido, por la fatiga de interminables debates, por la repetición constante de unos mismos argumentos, por cierta falta de cultura forense que suele cobijar no sólo a las partes contrincantes sino a los mismos miembros del Jurado, por las ocupaciones y preocupaciones de éstos, en su mayoría empleados públicos o particulares, para quienes el factor tiempo es un elemento primordial de su vida y quienes no pueden mirar con indiferencia el paso inútil de horas que podrían aprovechar en los menesteres de que derivan no sólo su sustento, pero el de sus familias".

Como lo observa el Procurador Delegado, los escritos elevados a la Corte por Leandro Murillo "son alegatos de instancia y no demanda de casación". No obstante, la Sala ha querido estudiar y fallar en el fondo el asunto ya que si fuese fundado el cargo hecho no sólo contra la sen-

tencia sino contra el proceso mismo, de haberse surtido éste contra un reo indefenso, la casación habría prosperado no obstante las deficiencias de la demanda.

Las explicaciones que hacen tanto el Juez sentenciador como el Procurador de la Nación acerca de los incidentes ocurridos entre el defensor y algunos miembros del Jurado durante las audiencias hacen ver que el abogado de Leandro Murillo sí pudo usar y que efectivamente empleó los medios de defensa a su alcance.

No quiere, sin embargo, la Corte pasar desapercibidos aquellos incidentes pues si es humanamente explicable la actitud de los miembros del Jurado al manifestar su fastidio e impaciencia por las enojosas repeticiones en que el defensor incurría y por la pertinaz continuación de un discurso en que decía una y otra vez las mismas cosas, no por eso aquella actitud de los jurados es menos digna de reproche.

Hasta el punto de que si esta Sala encontrara injusta o infundada la condenación del procesado; o si ella viera que el abogado defensor estaba en capacidad de plantear ó desarrollar otros argumentos o demostraciones y que por el prejuicio o el ánimo fastidiado de los jurados no logró hacerlo, la Corte acaso tomara pie en los incidentes de la audiencia para invalidar la sentencia recurrida considerándolos como una privación de las garantías constitucionales relativas al derecho de defensa que implicaría nulidad.

Pero justo es reconocer que en el caso de que se trata y no obstante lo censurable de la actitud que observaron algunos miembros del Jurado al dejarse conocer del defensor el fastidio e impaciencia que los aquejaba, lo cierto es que el defensor sí llegó a excederse en la repetición de los mismos conceptos y las actas de las audiencias dan la impresión de que el señor abogado prolongaba intencionadamente su discurso con un ánimo dilatorio en que no es posible descubrir posibilidades de eficacia para la defensa de su cliente.

Y estas consideraciones apartan a la Corte de la idea de invalidar el fallo aunque —se repite— censurando la conducta de los juzgadores que no supieron guardar la debida circunspección.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali de fecha catorce de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual se condena a Leandro Murillo a sufrir la pena principal de quince años de presidio como responsable de la muerte de Petronio Hurtado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno—Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Manuel José Salazar, Conjuez.—**Eduardo Piñeros y Piñeros**, Conjuez.—**Julio E. Argüello R.**, Srio. en ppdad.

PENA

Para adecuar o proporcionar la pena a determinado delincuente no debe atenerse el sentenciador tan sólo a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad como ocurría bajo la antigua legislación con las agravantes y atenuantes; pues a más de las circunstancias el Juez debe apreciar también "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes" y "la personalidad del agente". (Artículo 36 del Código Penal).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, veinte de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo,

Vistos:

En el mes de abril de mil novecientos cuarenta se inició una investigación sumaria en la Inspección 5ª Municipal de Cali, contra Francisco Ortega, por el delito de corrupción de menores.

Perfeccionado en lo posible el sumario, el Juzgado Segundo Superior de aquel Distrito Judicial lo llamó a juicio y, tramitado éste por el procedimiento correspondiente, el Jurado declaró responsable a Ortega por haber cometido aquel delito con una niña menor de diez y seis años y con otras ocho menores de catorce años: total, nueve casos de corrupción de menores.

El Juez del conocimiento, con base en ese veredicto y dando aplicación al artículo 325 del Código Penal condenó a Ortega a la pena principal de cuatro años de prisión; y por tratarse de un concurso real de delitos en número mayor de cuatro, le impuso como accesoria la pena de relegación a una colonia agrícola penal también por cuatro años.

Confirmó el Tribunal Superior de Cali esa sentencia condenatoria; el procesado interpuso casación: y aun cuando los escritos que envió a la Corte, como observa el señor Procurador de la Nación, "no reúnen todas las exigencias de una demanda de casación", los motivos que propone enfocan hacia la causal 1ª, errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal, según lo advierte el mismo señor Procurador Delegado quien teniendo en cuenta esa intención de los alegatos, estudia el asunto en el fondo bien que para oponerse a la invalidación del fallo recurrido.

"Considera Ortega, dice la Procuraduría, que el Tribunal hizo mala aplicación de la ley penal por dos razones: 1ª Porque no tuvo en cuenta el mínimo de la sanción del artículo 325 del Código Penal, sino que se excedió de él. Y 2ª Porque lo condenó a la pena accesoria de relegación a una colonia penal, sin ser aquí el caso. Por lo demás, afirma el recurrente que no discute el fondo mismo del asunto, o sea el referente a la existencia de los delitos de corrupción y a su responsabilidad".

Para resolver considera la Corte por separado cada uno de los motivos o aspectos que el recurrente propone:

1º Que ha debido ceñirse al mínimo legal la pena impuesta a él.

Funda Ortega este motivo de casación en la idea de que se computaron contra él, erróneamente, varias circunstancias de mayor peligrosidad. El señor Procurador Delegado le da la razón en lo que atañe a la prevista por numeral 13, artículo 37 del Código Penal, "el perjudicar u ofender con una misma acción, y no por mero accidente, a más de una persona", pues si a Ortega se le juzgó y sentenció como resposable de delitos cometidos en concurso real, la pluralidad de hechos ya se tuvo en cuenta al aplicarle la sanción correspondiente al concurso y no es equitativo cobrársela de nuevo como circunstancia de mayor peligrosidad, además de que ella sólo encaja cuando se trata de varios daños causados "con una misma acción", como dice el Código, y en el caso de que se trata hubo múltiples acciones criminosas.

Pero agrega el señor Procurador que como los juzgadores de instancia consideraron que en este caso obra además la circunstancia 6ª del artículo 37, Código Penal, —insensibilidad moral del de-

lincuente—no atacada en casación, el sentenciador de instancia, lejos de violar la ley penal se atuvo al terminante mandato del artículo 39 del Código que no permite aplicar el mínimo de la sanción sino "cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad": la presencia de una sola circunstancia de mayor peligrosidad impide, según esto, ceñirse al mínimo de la pena señalada por la respectiva disposición.

A estas razones que aduce la Procuraduría, y prohija la Corte, se agrega que para adecuar o proporcionar la pena a determinado delincuente no debe atenerse el sentenciador tan sólo a las circunstancias de mayor y menor peligrosidad como ocurría bajo la antigua legislación con las agravantes y atenuantes; pues a más de las circunstancias el Juez debe apreciar también "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes" y "la personalidad del agente" (artículo 36 del Código Penal).

Y es lo cierto que en el caso del presente recurso tales factores no podrían inducir al juzgador de instancia a disminuír hasta el límite mínimo la penalidad aplicable: las sanciones impuestas por el Juzgado y el Tribunal pueden hasta considerarse benignas.

No prospera, pues, el recurso por el primer motivo invocado.

2º No era el caso de imponer la pena accesoria de relegación a una colonia agrícola.

Sobre este otro motivo o aspecto de casación dice el recurrente:

"Lo segundo, es decir, la pena a cuatro años de colonia, es el principal motivo del recurso de casación que he interpuesto, porque no puede ser, ni me puedo conformar, señor Magistrado, con tal condena, que el Juzgado y el H. Tribunal profirieron con aplicación del artículo 33, inciso segundo del C. Penal.

"Ciertamente se consigna allí la pena a colonia como accesoria a la principal, cuando se trata de pluralidad de delitos y cuando el procesado es un elemento comprobadamente antisocial y peligroso, pero en mi caso no se trata de esto y en cuanto a aquello hay que distinguir. Evidentemente, la ley relega a las colonias al individuo que ha infringido sus disposiciones en multitud de veces, pero es claro que tal disposición hay que interpretarla siempre que se trate, como antes dije, de delitos específicamente distintos, como el robo, incendio, asesinato, que se imputaren al mismo individuo, pero nó cuando se trata de delitos de hábito, como el de corrupción de menores, que aunque es distinto individualmente considerado en cuanto al sujeto pasivo, es el mismo, genéricamente, porque la naturaleza de la infracción es siempre la misma. No quiere esto decir que yo afirme que se trata tampoco de un delito continuado, de que aunque se trata de análogos actos sexuales las presuntas ofendidas son distintas, de donde deducen esos Despachos la pluralidad de delitos, si bien esto es jurídicamente muy discutible, si se tiene en cuenta la identidad del sujeto activo o supuesto delincuente y la identidad de los hechos que dan a este el carácter de delincuente nato.

"Pero la razón para protestar, comedidamente por cierto, contra la condena a colonias, fuera de la anterior, es esta que es potísima e irrebatible: El suscrito sufre de **impotencia sexual**, como lo demuestra el mismo concepto médico legal, porque su naturaleza es ajena a la cópula, luego no hay tal peligrosidad, como causal de la pena a las colonias, pues por motivo de mi impotencia desaparece, por el contrario, todo peligro de concepción o daño irreparable al pudor de persona de sexo opuesto.

"Ese argumento sería atendible si se tratara de los delitos de violación o de estupro, en los cuales sí es necesaria la capacidad sexual del hombre para el ayuntamiento carnal. Pero en la corrupción nó, porque no requiere para su existencia la conjunción carnal..... implica actos sustitutivos del acceso carnal consumado en menores, ya para corromperlos o para iniciarlos en prácticas sexuales anormales o de erotismo".

A lo cual agrega la Corte que el procesado Francisco Ortega se encuentra cabalmente en el caso de que él mismo habla cuando dice que "la ley relega a las colonias al individuo que ha infringido sus disposiciones en multitud de veces" puesto que Ortega cometió el delito de corrupción con nueve niñas, número no despreciable para reputarlo como un habitual ya que el Código considera que bastan cuatro delitos, cometidos conjunta o separadamente y que se juzguen en un mismo proceso, para imponer la pena accesoria de relegación a colonia agrícola.

De lo dicho se deduce que tampoco por este aspecto prospera la casación.

Finalmente: sea que se trate aquí de una aberración sexual o simplemente de una monstruosa perversidad moral, es lo cierto que la relegación a colonias resulta lo más indicado en busca de la

regeneración del reo y de su readaptación a la vida social.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador de la Nación Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali fechada el cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y tres, en la cual se condena a Francisco Ortega a la pena principal de cuatro años de prisión, y cuatro de relegación a una colonia agrícola como responsable del delito de corrupción de menores.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre—José Antonio Montalvo — Carlos Arturo Díaz, Conjuez — **Jorge E. Gutiérrez Anzola,** Conjuez — **Julio E. Arguello R.,** Secretario.

SE DECLARA QUE NO HAY LUGAR A ADELANTAR PROCEDIMIENTO ALGUNO CONTRA EL DOCTOR GONZALO RESTREPO POR LOS CARGOS QUE, COMO A CONTRALOR, LE HIZO EL DOCTOR LAUREANO GOMEZ

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo catorce de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

Con fecha veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta, el doctor GONZALO RESTREPO, entonces Contralor General de la República, dirigió al señor Procurador un oficio en que le exigía que procediera a investigar la actuación suya en el cargo que desempeñaba, la que había sido calificada de dolosa por el senador doctor Laureano Gómez, en la sesión parlamentaria del día anterior.

No obstante que el señor Procurador se dio cuenta de que, de atender a los denuestos del discurso del senador Gómez, sería necesario enjuiciar a los tres órganos del Poder Público, porque a todos los cobijó la encendida oración, dispuso enviar las diligencias que se habían practicado a esta entidad suprema. Y aquí se resolvió iniciar la investigación que solicitaba el doctor Restrepo, previo el juramento que debía prestar el denunciante, doctor Gómez.

Pero con todo y haberse resistido a prestarlo, es decir, a darle firmeza y solemnidad a sus palabras, el sumario se adelantó, y hoy le cumple decidir a la Sala si debe aceptarse la petición del Ministerio Público, referente a que se declare terminado el procedimiento en lo tocante al doctor Gonzalo Restrepo, y se envíe el proceso a uno de los Juzgados Superiores de Bogotá, para lo que competa al del conocimiento.

Resultado:

1º—Aparece en la investigación, que se ordenó llevar a término en auto de seis de septiembre de mil novecientos cuarenta, lo siguiente: a) oficio del Contralor doctor Gonzalo Restrepo al señor Procurador, fechado el 27 de julio de 1940 b) versión taquigráfica del discurso del senador doctor Laureano Gómez, pronunciado en la sesión del 26 de julio del mismo año; c) comunicación al presidente del senado, firmada por los señores: Arturo Angel Echeverrí, Andrés Ayala Muñoz y Simón Arboleda; d) manifestación del doctor Laureano Gómez, ante el Juez instructor de no prestarse, con la ratificación de los cargos, a lo que él calificó de farsa; e) elección del doctor Gonzalo Restrepo para Contralor General de la República, la que tuvo lugar en la sesión de la Cámara correspondiente al 1º de agosto de 1939; f) acta de posesión del mismo doctor Gonzalo Restrepo, fechada el 25 de octubre del año citado, para desempeñar tal cargo; g) explicación del Contralor doctor Germán Zea Hernández, acerca de los certificados expedidos para el pago de las recompensas a los veteranos; h) diligencia de inspección ocular e informes correspondientes relativos a los expedientes en que se decía que existían certificados falsos; i) detalle de esos expedientes; y j) declaración del señor Andrés Ayala Muñoz, ex-secretario de la Contraloría General de la República, quien expuso la manera de allegar la documentación relacionada con las solicitudes de recompensa de antiguos militantes veteranos.

Considerando:

1º—Los dos cargos concretos hechos por el doctor Laureano Gómez al doctor Gonzalo Restrepo son: 1º que expidió certificados falsos a antiguos militares; y 2º que dirigió un informe al H. Senado, con el fin de encubrir la responsabilidad del Habilitado del mismo en el delito de peculado que fué descubierto.

2º—Con relación al primer hecho, basta leer la declaración del doctor Andrés Ayala Muñoz, quien dice que los certificados y documentos tramitados en la Contraloría General de la Repú-

blica, referentes a solicitudes de recompensas de antiguos militares veteranos los expide, no el Contralor, sino el Secretario, y explica:

"En la Secretaría hay un empleado encargado de pasar las circulares, pidiendo las informaciones a los Auditores Seccionales y al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, referentes a si los solicitantes de certificados de paz y salvo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional. Una vez que lleguen las respuestas de los Auditores y del Juzgado, se forma el expediente respectivo a cada una de esas solicitudes, y con base en esas respuestas que dan, en que conste que no son deudores, la Secretaria procede a expedir los certificados respectivos. Esos expedientes reposan en la Secretaría de la Contraloría, unos, y otros en el Archivo General de la misma Contraloría. Pero a mí no me consta que se hubieran expedido certificados falsos a ningún reclamante de esos de recompensas. Como lo digo, el Contralor no se entiende para la expedición de esos certificados en nada. Lo hace la Secretaría".

En la misma forma se expresaron los señores, Arturo Angel Echeverrí y Simón Arboleda en su comunicación dirigida al Presidente del Senado de la República.

Y como, además, ninguno de los certificados en que los peritos advirtieron alteraciones —más bien insignificantes y que no afectaban su sentido, destino y finalidad— aparece que lo hubiera expedido el doctor Gonzalo Restrepo, que no tenía esa función, como ya se ha visto, la primera de las imputaciones queda sin respaldo alguno, en cuanto al doctor Gonzalo Restrepo.

3º—La otra imputación fué examinada detenidamente por el señor Procurador Delegado en lo Penal, y a ella se refiere en los siguientes términos:

"El señor Antonio Ordónez Mutis desempeñó el cargo de Habilitado del senado del 20 de julio de 1935 al 30 de junio de 1940.

"Por virtud de la Ley 89 de 1931, la Contraloría General de la República asumió la fiscalización de las Habilitaciones de las Cámaras, pero quedando a cargo de las Comisiones de la Mesa de éstas lo referente a las cauciones o a seguros que debían prestar los Habilitados, al tenor del artículo 1º de la Ley 44 de 1926.

"A pesar de esta inconveniente excepción el Contralor, doctor Restrepo, como notase que la finanza constituída por el señor Ordóñez Mutis no era suficiente para garantizar el manejo de los bienes a él encomendados, se dirigió al Presidente del Senado, insinuándole que la caución del Habilitado fuese renovada por una fianza hipotecaria, por una garantía prendaria o por una fianza de la Compañía Colombiana de Seguros.

"El día 12 de abril de 1940, dos Visitadores de la Contraloría le hicieron una visita al Habilitado, en la cual le anotaron varias irregularidades, consistentes, en falta de algunos registros reglamentarios; en que los caudales oficiales no se mantenían en su totalidad en el Banco de la República, pues se había abierto otra cuenta en un Banco particular; y en anomalías sobre la manera de girar los cheques y manejar los talonarios.

"La Contraloría tomó todas las medidas indicadas por la prudencia para corregir esas anomalías y hasta acudió a medidas coercitivas para hacerlas cumplir, tales como glosar al responsable la totalidad de los fondos dejados de consignar en el Banco de la República, y elevar queja por ello al Presidente del Senado, como superior que era del Habilitado señor Ordóñez Mutis.

"En dicha visita, el Habilitado presentó en el arqueo sus dineros completos sin que se le hubiera deducido, por lo tanto, alcance alguno.

"El día 24 de junio de 1940, el señor Contralor General recibió el siguiente oficio procedente del Banco de la República: "..... Para los fines a que haya lugar nos permitimos hacer saber a usted que por dos veces consecutivas nos ha presentado el Banco Alemán Antioqueño el cheque número 28799, girado por el Habilitado del Senado de la República a nuestro cargo y a favor de Ramón Sepúlveda por $ 2.498.75, cheque que no hemos podido cubrir por no ser suficiente el saldo a favor del girador.....

"En vista de tal aviso, el señor Contralor dictó la Resolución número 351 de 25 de junio de 1940 (al día siguiente de recibida la nota del Banco) comisionando al Sr. Jaime Ferro, Visitador, para practicar una visita fiscal en la habilitación del Senado, y autorizándolo para proponer "la adopción de las medidas de control de fondos necesarios para dicha oficina de manejo".

"El mismo día 25 de junio, el Contralor expidió la Resolución número 354, cuya parte resolutiva dice: "Artículo 1º Durante la visita que por Resolución número 351 de 25 de los corrientes está practicando actualmente el visitador, Jaime Ferro, los cheques que gire el Habilitado del Se-

nado de la República serán refrendados por el mismo Vistador".

"Después de documentarse previamente sobre el particular, el visitador Ferro procedió a practicar la vistia ordenada con una actividad, una competencia y una rectitud que lo enaltecen, y logró descubrir un alcance en la habilitación del Senado, por valor inicial de $ 45.105.06, cantidad ésta que después quedó reducida a $ 20.925.93, en virtud de las explicaciones y comprobantes que dio y presentó el señor Ordóñez Mutis.

"Descubierto el peculado, la Contraloría procedió con toda diligencia a tomar las siguientes medidas: embargos preventivos de diversas propiedades del Habilitado; suspensión inmediata del Habilitado; suspensión inmediata del cargo de éste; denuncia ante el director de la Policía Nacional, por hallarse ese día domingo cerrados los Juzgados; captura del responsable, quien se presentó espontáneamente en el Palacio de la Policía; denuncia escrita formulada por el propio Contralor ante el Juzgado 6º de Instrucción Criminal; y poner en conocimiento del Senado, en informe de 22 de julio de 1940 (que es el tachado por el doctor Gómez como documento tendiente a encubrir el desfalco), todos los hechos referentes al peculado de que era responsable el señor Ordóñez Mutis. Acompañó a ese informe la documentada relación que le envió el visitador Ferro, lo mismo que las diligencias conducentes, a fin de que el Senado nombrase una comisión que las estudiara y pudiera proveer "a la reorganización de las Habilitaciones de las Cámaras estableciendo la entidad que debe calificar sus fianzas, y prescribiendo, si lo estimare conveniente, un sistema adecuado de control previo, o autorizando expresamente a la Contraloría para establecerlo". Asimismo, el Contralor le informó al Senado que la investigación a que dio lugar el alcance del señor Ordóñez Mutis, había sido entregada a las autoridades judiciales competentes....."

A continuación, el señor Procurador Delegado en lo Penal dice que si ha hecho una relación permenorizada de la actuación del Contralor en el caso del desfalco cometido por el Habilitado del Senado, ha sido con el fin de que resalte el celo, la actividad y la energía con que el Contralor procedió en ese asunto, agregando que hablar de encubrimiento o de ocultación de parte de ese funcionario, es algo que resulta sencillamente inverosímil, puesto que fué en virtud de la iniciativa del Contralor, de su cooperación eficientísima y de la del Visitador Ferro, elogiada en el informe de la minoría del Senado que estudió el de la Contraloría como se descubrió el delito y se dieron los pasos conducentes a sancionarlo. Y termina el señor Procurador, así:

"No puede ser encubridor quien hace todo lo que está a su alcance para descubrir el delito y obtener la sanción del responsable. Aceptar lo contrario, sería caer en una repugnante contradicción ideológica y jurídica.

"Por consiguiente, la conducta del Contralor aparece limpia de toda sombra que pueda siquiera sugerir una duda sobre su probidad en relación con el peculado del señor Ordóñez Mutis....

"En consecuencia, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que se digne declarar cesado todo procedimiento contra el doctor Gonzalo Restrepo por los hechos que han sido materia de este sumario....

Cree la Sala que es suficiente lo expuesto por el Señor Procurador Delegado en lo Penal y que debe, en consecuencia, sin más consideraciones atenderse su concepto y admitirse su petición final.

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, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, DECLARA que no hay lugar a adelantar procedimiento contra el doctor GONZALO RESTREPO y ordena cesar el iniciado ya, por los cargos analizados anteriormente.

Envíese el expediente a los Juzgados Superiores de Bogotá, para que aquél a quien le fuere repartido decida lo que corresponda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty — Julio E. Argüello R., Secretario.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO. — LA AMISTAD O LA ENEMISTAD COMO MOTIVOS DE RECUSACION

La enemistad, como la amistad —conceptos relativos— llevan en sí la idea de la reciprocidad. Son sentimientos que plantean una situación entre dos o más personas: cariño o aversión. Así como no puede haber amistad sin correspondencia, es decir, de un solo individuo hacia otro que ignora el afecto que despierta o produce, tampoco es posible la enemistad unilateral. En uno y otro caso el fenómeno es diferente: estimación de una persona hacia otra, que permanece, por ejemplo, insensible ante una demostración de aprecio; y total indiferencia, en cuanto al odio o a la mala voluntad de alguien en el otro supuesto, o sea, en el del enemigo. No hay, por lo tanto, esa relación indispensable para crear o establecer el vínculo mutuo que la ley exige en los casos de impedimentos por la causal anotada. Pero es claro que si quien ama o aborrece, en la forma callada que se ha descrito, es el funcionario que tiene que ventilar un asunto en que es parte el sujeto pasivo de estas expresiones del sentimiento, su deber moral y legal le impone manifestar ese estado espiritual y abstenerse, en consecuencia, de actuar en el litigio o proceso.

Tampoco es cualquiera amistad o enemistad la que sirve para los efectos que se están analizando. Aquella debe ser INTIMA, y ésta debe ser GRAVE. Así, no basta el simple conocimiento y trato social, por cordialidad que haya en él; y de la misma manera es inaceptable la invocación de un resquemor o desacuerdo de momento, o de una disputa sin consecuencias y ya cancelada en el recuerdo. Porque enemistad grave es algo más que la mera antipatía y aún que la misma repulsión. Es el deseo incontenible y vivo de que el ser odiado sufra daño considerable o el querer permanente de causárselo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

El diez y nueve de febrero del año en curso, el doctor Arturo Valencia Arboleda, apoderado de Olmedo Londoño, sindicado de los delitos de "extorsión y chantaje", en un proceso remitido del Juzgado Superior de Pereira al Tribunal de la misma ciudad, le dirigió un memorial al doctor Eduardo Orozco Ochoa, Magistrado del Tribunal mencionado, recusándolo en ese negocio, por existir entre el doctor Valencia Arboleda y el Magistrado nombrado enemistad grave (causal 5ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal).

El Magistrado doctor Orozco Ochoa, en auto de primero de marzo, le exigió al recusante que presentara la prueba en que apoyaba su aseveración. Y el doctor Valencia Arboleda acompañó entonces las declaraciones de los doctores Arcesio Caicedo Ayerbe y Uriel Cardona, recibidas en el Juzgado 1º Municipal de Pereira el dos de marzo.

Dicen, en su orden, así:

"...Por haber estado presentes en fecha que no la recuerdo, hace unos diez meses talvez, presencié, como lo presenciaron muchas personas que allí había presentes en uno de los Clubs de esta ciudad, que el doctor Eduardo Orozco Ochoa, Magistrado del Tribunal de Pereira, le lanzó al doctor Arturo Valencia Arboleda frases hirientes, que no las recuerdo, pero sí estimé de graves, tales que, debido a la cultura del ofendido, no pasó el asunto a una mayor gravedad.... Es verdad, así lo he notado aparte de la manifestación del doctor Valencia Arboleda, que a consecuencia del suceso expresado, desde aquella época se ha creado un ambiente pesado de enemistad entre ellos, que estimo muy grave... Al doctor Valencia Arboleda le he oído comentar en repetidas ocasiones que en esa corporación se juega a los dados, pero personalmente nada me consta al respecto, ni sé nada más acerca de los hechos de que en este aparte se trata".

"... Es verdad que hace más o menos un año que en el Club Yanuba de esta ciudad se sucedió un altercado muy grave entre los expresados doctores Valencia A. y Orozco O., lanzándole éste a Valencia A. frases muy ofensivas faltándole al

repeto de manera muy grave. Es imposible recordar literalmente esas frases, pero por lo hirientes, sí recuerdo que ese altercado estuvo grave.... Afirmo por hechos que he presenciado y por lo manifestado por Valencia A. que entre estos señores se constituyó un ambiente de enemistad que se ha prolongado hasta la fecha, el que he tenido como grave.... No solamente al doctor Valencia Arboleda sino a diferentes personas les he oído comentar que en el recinto del Tribunal de Pereira se juega a los dados, desde hace mucho tiempo, es decir, durante la presidencia del doctor Orozco Ochoa de esta Corporación, quien así los ha tolerado y también intervenido en ellos, en horas de trabajo".

A este episodio, ocurrido con el doctor Valencia Arboleda se refiere el doctor Orozco Ochoa en los siguientes términos:

"".... En junio de mil novecientos cuarenta y tres se nos hizo el honor de la presentación; corría en forma regular nuestra amistad hasta que hace algo más de un año tuvimos un pequeño incidente, al cual se le quiere dar en la hora de ahora la categoría de altercado con capacidad de producir enemistad grave. Pocas semanas después del incidente, en el salón que se destinó para recoger fondos con un fin social, como si nada hubiera ocurrido el doctor Valencia Arboleda, en forma galante proporcionó algunos pesos al suscrito para una diversión, claro está que con carácter devolutivo, que lo fue en la misma reunión. Aún más, se hizo una pequeña compañía en la diversión. Ese día creyó quien suscribe esta providencia cancelado todo incidente y quedaron canceladas también todas las cuentas con el doctor Valencia Arboleda, pues nada se quedó a deber por el uno ni por el otro. Siguió el doctor Valencia Arboleda gestionando sus negocios hasta hace pocas semanas en la misma forma de antes. El catorce de junio del año pasado estuvimos en una diligencia judicial en la cual figuraba el aludido profesional como apoderado; hace unos dos meses en la misma casa del doctor Valencia Arboleda departía amigablemente con él y se comentó la lamentada muerte de Sor Cristina de la Cruz (q. e. p. d); pocos días después de esta visita telefónicamente hablé con el doctor Valencia acerca de los escritos de los periódicos sobre el trágico suceso..... Fácil y más cómodo sería para el suscrito Magistrado satisfacer al doctor Valencia Arboleda declarándose separado del conocimiento de sus múltiples negocios tanto en lo civil como en lo penal, evitándose estos enojosos incidentes, mas se ha abstenido y se abstendrá de hacerlo por cuanto se tiene el concepto de que estos empleos conllevan una función de servicio público y no de mejorestar personal".

En el mismo auto (23 de marzo) en que, por no haber admitido como ciertos los hechos en que la recusación se funda dispuso el Magistrado pasar a esta Sala la actuación para que aquí se decida el incidente, se hallan estas razones que da el Magistrado para haber demorado pronunciarse inmediatamente en cuanto a la cuestión propuesta por el recusante:

".....Por cuanto con poca lógica el legislador de 1938 al expedir el Código de Procedimiento Penal proveyó para la secuela de recusaciones en asuntos penales en una forma distinta a la ordenada por el Código de Procedimiento Civil, como quiera que de conformidad con el artículo 442 del C. J. conocen del incidente sobre recusación de un Magistrado los demás que forman la Sala respectiva" y en consonancia con el artículo 76 del Código de Procedimiento Penal la recusación se propondrá ANTE EL JUEZ QUE CONOCE DEL ASUNTO, quien si no acepta los hechos, enviará el proceso al superior, y por cuanto existe también una recusación del doctor Valencia Arboleda contra el suscrito en un negocio civil, se creyó conveniente demorar unos pocos días la resolución de la solicitud del doctor Valencia Arboleda. Así, al llegar a la Honorable Corte Suprema de Justicia la recusación en lo concerniente a lo penal, se conocerá por la Alta Entidad lo resuelto en lo civil y se podrá evitar la posible ocurrencia de que el funcionario ahora recusado siga conociendo de los negocios civiles y separado de los penales, (pues este Tribunal es promiscuo), y siendo una misma la causal manifestada para ello.

"Se transcribe a continuación la providencia dictada por los HH. Magistrados Julio Eastman D. y Carlos López García, en orden a la recusación del doctor Arturo Valencia Arboleda:

"En libelo de 26 de febrero de este año, el doctor Arturo Valencia Arboleda, personero jurídico de don Joaquín Botero en el ordinario propuesto por don Fabio Mejía, recusó al Magistrado doctor J. Eduardo Orozco Ochoa, enunciando como fundamento la causal 15 del artículo 435 del C. J. y por ser legal se pidió el informe de rigor al Magistrado recusado quien sostuvo en él

que con el doctor Arturo Valencia Arboleda no existía por su parte enemistad manifiesta, como lo comprobaba el hecho de haber estado visitándolo en su propia casa en íntima y cordial manifestación de condolencia, donde departieron amigablemente, hace dos meses más o menos.

"Consecuencia del informe de que se ha hablado, fue la apertura a pruebas del incidente para que el recusador comprobara los hechos fundamentales de su pretensión.

"Tres declaraciones allegó el recusador: la de don **Ramón Baena** quien manifestó no ser cierto ni estar informado de lo que se le preguntaba; la del **doctor Arcesio Caicedo Ayerbe** quien dice: 'Hace aproximadamente un año en uno de los Clubs de esta ciudad, se encontraban varios señores jugando poker entre los cuales estaban el doctor Arturo Valencia Arboleda y el doctor Eduardo Orozco Ochoa y por cuestión de cartas, se suscitó entre los dos un altercado, en el cual el doctor Orozco Ochoa, dirigiéndose al doctor Valencia Arboleda, le dijo que él no era un caballero. Aquí terminó el incidente que yo pude oír desde un punto cercano a la mesa y desde ese entonces para acá he podido observar que entre estos señores no se ha continuado la antigua amistad'; y la declaración de **don Lázaro Nicolls** quien dice que el doctor Arturo Valencia ha criticado a todo el personal del Tribunal porque en él se juega a los dados y especialmente a su Presidente doctor Eduardo Orozco Ochoa, del cual ha dicho que juega en hora de trabajo y en las horas de la noche.

"Lo anterior no prueba enemistad entre los doctores Valencia Arboleda y Orozco Ochoa, sino animadversión del primero para con el segundo y lo que las gentes llaman tenerlo en desestima y pronunciarse mal de sus costumbres y de sus deberes como funcionario, lo cual según uno de los declarantes hace el doctor Valencia Arboleda con relación a todo el personal del Tribunal desde hace más o menos un año".

Se considera:

La enemistad, como la amistad —conceptos relativos—, llevan en sí la idea de la reciprocidad. Son sentimientos que plantean una situación entre dos o más personas: cariño o aversión. Así como no puede haber amistad sin correspondencia, es decir, de un solo individuo hacia otro que ignora el afecto que despierta o produce, tampoco es posible la enemistad unilateral. En uno y otro caso el fenómeno es diferente: estimación de una persona hacia otra, que permanece, por ejemplo, insensible ante una demostración de aprecio; y total indiferencia, en cuanto al odio o a la mala voluntad de alguien en el otro supuesto, o sea, en el del enemigo. No hay, por lo tanto, esa relación indispensable para crear o establecer el vínculo mutuo que la ley exige en los casos de impedimentos por la causal anotada. Pero es claro que si quien ama o aborrece, en la forma callada que se ha descrito, es el funcionario que tiene que ventilar un asunto en que es parte el sujeto pasivo de estas expresiones del sentimiento, su deber moral y legal le impone manifestar ese estado espiritual y abstenerse, en consecuencia, de actuar en el litigio o proceso.

Tampoco es cualquiera amistad o enemistad la que sirve para los efectos que se están analizando someramente. Aquélla debe ser **íntima**, y ésta debe ser **grave.** Así, no basta el simple conocimiento y trato social, por cordialidad que haya en él; y de la misma manera es inaceptable la invocación de un resquemor o desacuerdo de momento, o de una disputa sin consecuencias y ya cancelada en el recuerdo. Porque enemistad grave es algo más que la mera antipatía y aún que la misma repulsión. Es el deseo incontenible y vivo de que el sér odiado sufra daño considerable o el querer permanente de causárselo.

El doctor Eduardo Orozco Ochoa ha asegurado, en su condición de Magistrado de un Tribunal de justicia, que él no experimenta ningún género de animadversión con respecto al doctor Arturo Valencia Arboleda, y es preciso creer en la buena fe de sus palabras, faltando, sobre todo, prueba en contrario.

No le corresponde a la Sala ocuparse en lo que concierne a la murmuración o comidilla de que el Tribunal de Pereira se ha convertido en una timba y de que en él se mezclan diversiones propias de garito, y quiere y desea tener ese comentario como una simple suposición, dada la enormidad que entrañaría la evidencia o comprobación de tamaño desafuero.

De consiguiente, no procede declarar separado al doctor Eduardo Orozco Ochoa del conocimiento del proceso que se adelanta contra Olmedo Londoño por los delitos mencionados al principio de esta providencia. Así se resuelve en

esta Sala de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Jorge Enrique Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty — Julio E. Argüello R., Secretario

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL.—SIGNIFICACION DEL VERBO "ACECHAR". — SIGNIFICACION DE LA PALABRA "ASECHANZA"

1.—Ya la Corte ha expresado que la causal 2ª de casación en materia penal no tiene aplicación en los juicios por Jurado.

2.—Acechar es, según el Diccionario de la Academia de la Lengua, "observar, aguardar cautelosamente con algún propósito". Y colocarse en acecho o estar en acecho es lo mismo que mirar a escondidas y con cuidado.

3.—La asechanza, que se confunde con la insidia, noción que no es la misma que se expresa con la palabra acecho, acción de acechar o observar con cuidado y con algún propósito, traduce exactamente engaño o artificio para dañar a otro. O lo que es lo mismo, que la víctima de la asechanza debe ignorarla, pues de lo contrario no habría artificio, ni el sujeto sería engañado. Luego si el individuo escogido para hacerle daño conoce lo que se le espera y está preparado, la acción así ejecutada se desnaturaliza o no alcanza la categoría de extremadamente grave.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

En la audiencia pública que se celebró el diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, como trámite final del juicio adelantado a VIRGILIO BURBANO DAZA por el delito de homicidio (asesinato), el señor Juez 1º Superior de Popayán le formuló al Jurado, de acuerdo con el auto de proceder, la siguiente única cuestión:

"El acusado Virgilio Burbano es responsable de haber ocasionado la muerte a David Parra, mediante una herida causada con arma cortopunzante (cuchillo), en la región pectoral izquierda, que interesó la piel, los músculos intercostales, la pleura, el pulmón izquierdo y el lóbulo izquierdo del hígado en una extensión de dos centímetros, y sorprendiendo a la víctima indefensa o insegura, habiéndose colocado en asecho "(sic)" el agresor, víctima que falleció doce horas después por consecuencia de una anemia aguda debida a la lesión de vísceras tan vascularizadas como el pulmón y el hígado, hecho ese, el de la herida, ocurrida el doce de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en la población de Argelia, Municipio de Patía, Circuito Judicial de El Bordo, Distrito Judicial de Popayán".

El veredicto del Jurado fue el siguiente:

"Sí es responsable, habiéndose colocado el agresor en asecho, "(sic)" pero no sorprendiendo a la víctima indefensa o insegura".

En desarrollo de ese veredicto, el Juez condenó a Virgilio Burbano Daza, con aplicación del artículo 363 del Código Penal, a la sanción principal de diez y seis años de presidio, por concurrir una circunstancia de mayor peligrosidad (la 8ª del artículo 37 del Código citado), sentencia que el Tribunal Superior de Popayán confirmó el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Virgilio Burbano Daza interpuso, el veinticinco de octubre del año citado, recurso de casación, que el Tribunal de Popayán le concedió el veintiocho del mismo mes y que fue admitido aquí en la Corte el veinticuatro de enero de este año.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal se abstuvo de considerar la demanda de casación, suscrita en Popayán por el recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 71 del Acto Legislativo número 1º de 1945, vigente desde el diez y seis de febrero último, artículo que dice así:

"En adelante sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional".

"Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sin embargo, la ley establecerá excepciones".

La Procuraduría, con argumentos muy atendidibles en sus puntos generales, destaca las razones que hay, no ya para seguir los mandatos

de esa disposición constitucional, pues esto no puede estar sujeto a vacilaciones, siendo imperativo su cumplimiento, sino para prohijar su permanencia en el estatuto fundamental de la República. Y pide que se declare desierto el recurso, por cuanto la demanda no fue elaborada por un perito en derecho.

Cree, no obstante, la Sala que en este caso sí debe aquélla estudiarse, porque el recurso de casación se interpuso antes de que estuviera en vigencia la reforma constitucional de 1945, de cuyo articulado hace parte la norma antes citada y copiada.

Este recurso, presentado oportunamente y por quien podía hacer uso de él, es uno de aquellos que por estar pendientes al tiempo en que una ley nueva introduce un cambio en la mecánica de la litis contestatio, no puede decidirse en la forma solicitada por el Ministerio Público, porque ello equivaldría a negar un derecho existente cuando el interesado se acogió a él.

Es verdad que la demanda se presentó cuando ya estaba en vigencia el artículo 71 del Acto Legislativo número 1º de 1945. Pero como esta demanda es la consecuencia o el desarrollo de un derecho que había sido bien concedido y de un recurso igualmente bien admitido, no considerarla, por carecer de una formalidad que entonces no se exigía, equivaldría a retrotraer los efectos de la reforma a un tiempo pretérito, en perjuicio del procesado.

Por lo tanto, la Sala pasa a estudiar el escrito de casación, en el que se invocan las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Fundamentos de la Demanda

Causal 1ª—Dice el demandante que es procedente esta causal porque en la sentencia se aplicó el artículo 363 del Código Penal en vez del 362 ibídem, que era el infringido, conforme a las respuestas del Jurado, el que, en sentir del recurrente, descartó el asesinato.

Causal 2ª—Se alega en su apoyo que el Tribunal sentenciador interpretó erróneamente el veredicto del Jurado y apreció mal algunos hechos del proceso.

Causal 3ª—Se funda, como se hace con respecto a la anterior ,en el desacuerdo entre la sentencia y el veredicto. Dice, en lo pertinente, el escrito:

"Esta causal es perfectamente procedente ya que según se dejó visto atrás, el Jurado de Conciencia al emitir el veredicto negando las condiciones de indefensión o de inseguridad de parte del occiso, tuvo por mira favorecer mi condición ante la ley penal, y condenarme como responsable de un delito de homicidio dentro del artículo 362, sin agravantes de asesinato. Así se desprende del acta de audiencia en que el defensor pidió a los Jueces de conciencia, como petición subsidiaria, que negaran que hubiera existido indefensión o inseguridad de parte de la víctima y que me condenaran simplemente por homicidio dentro del artículo 362 del C. Penal. Si los Jurados aceptaron esta petición de la defensa y negaron la existencia de la indefensión o la inseguridad, agregándolo así de su puño y letra en los cuestionarios, es porque querían descartar los agravantes del asesinato puntualizados en los numerales 1º a 9º del artículo 363 del C. Penal".

Causal 4ª—El texto de la parte correspondiente a los fundamentos de esta causal, en la demanda, es como sigue:

"El presente proceso se inició en 1941, se formuló los cuestionarios conforme al C. de Procedimiento Penal y se realizó la audiencia pública conforme a la Ley 4ª de 1943.

"Estimo que los cuestionarios debieron formularse conforme a la Ley 4ª de 1943 y no conforme al C. de Procedimiento Penal, menos involucrar dos procedimientos para la fecha de la audiencia: cuestionarios formulados conforme al C. de Procedimiento Penal y veredicto del Jurado (con facultad para agregar, enmendar y deliberar) según la nueva ley 4ª de 1943. O haber efectuado la audiencia también conforme al C. de Procedimiento Penal".

Causal 7ª—Esta causal la presenta como condicional el recurrente. Es decir, que si no se acepta que el Jurado quiso colocar el "asecho" como circunstancia de mayor peligrosidad, para definir un delito de homicidio simple, entonces el veredicto es contradictorio, puesto que al mismo tiempo que niega la indefensión e inseguridad de la víctima, reconoce la existencia de la acechanza.

Finaliza la demanda con esta petición principal: que se invalide la sentencia que lo condenó a diez y seis años de presidio, de conformidad con el artículo 363 del Código Penal, y se le impongan nueve años se presidio de acuerdo con el artículo 362.

Como peticiones subsidiarias formula estas dos:

a) Que se convoque a un nuevo Jurado; y

b) Que se declare nulo lo actuado a partir del auto por medio del cual se elaboró la cuestión sometible al Tribunal Popular.

Considera la Corte

En el orden de importancia de las causales invocadas, la 4ª debe estudiarse en primer lugar;

Dice ella sí, en el texto legal:

"Cuando la setencia sea violatoria de la Ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Ya se han visto los argumentos del recurrente, los cuales consisten —en este particular— en que se involucró el procedimiento, es decir, que mientras que el cuestionario se formuló de acuerdo con la Ley 94 de 1938, la audiencia se realizó de conformidad con la Ley 4ª de 1943. Pero esa aseveración no es exacta, puesto que al Jurado se le presentó una única cuestión, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley últimamente citada, y el Jurado contestó, ajustándose también a la misma Ley (artículo 29). Y así se hizo, o sea, que en vez de los cuestionarios múltiples se presentó solamente una pregunta a la consideración del Juri, porque a tiempo de celebrarse la audiencia (16 de agosto de 1944) se hallaba ya en vigencia la Ley 4ª de 1943.

Causal 2ª—"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atripuído 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 acreditadas 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".

Una de las razones en que esta causal aparece fundada por el demandante (que la sentencia no estuvo de acuerdo con el veredicto) hace parte de otra causal (la 3ª) y, por consiguiente, está fuera de lugar en el escrito de casación.

Y en cuanto a los otros puntos, referentes a apreciación equivocada de los hechos y de las pruebas, como equivalentes de "injusticia notoria", según dice el reclamante, o de contraevidencia, como lo expresa la nueva ley, ya la Corte ha expresado que ella, la causal 2ª, no tiene aplicación en los juicios por Jurado.

Causal 7ª—"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Para decidir si está en lo cierto el demandante cuando afirma que el Jurado incurrió en contradicción al contestar que Virgilio Burbano Daza es responsable de haberle dado muerte a David Parra, habiéndose colocado en "asecho", más no sorprendiendo a la víctima "indefensa o insegura", es preciso hacer antes una brevísima reconstrucción del funesto episodio.

Entre Virgilio Burbano Daza y David Parra existía enemistad por motivos de poca significación. El día 12 de octubre de 1941, varias horas antes del delito, aquél provocó a éste, sin que Parra aceptara el reto. A ráiz de este primer incidente, Burbano Daza se puso a ingerir licor embriagante y a proferir amenazas de muerte contra David Parra; y para darle más acento a sus palabras se proveyó de un cuchillo que le quitó a Eliécer Chilito. Como a las seis de la tarde del doce de octubre, Parra fue advertido de que en algún sitio, por el cual él tenía que pasar para ir a su casa, se encontraba escondido y con propósito de agredirlo Virgilio Burbano Daza. En efecto al acercarse David Parra a la casa de Anita Díaz, ya de noche, Virgilio Burbano salió de su escondite y lo acometió, con las consecuencias ya conocidas.

Según esta relación, que está fundada en numerosas pruebas y cuyo valor no hay motivo alguno para desconocer o poner siquiera en duda, existen dos hechos muy claramente establecidos: 1º Que David Parra sabía (e iba preparado para defenderse, pues se había armado con una peinilla o machete) que Virgilio Burbano Daza se hallaba atalayándolo en un determinado lugar del camino, para agredirlo; y 2º. Que en efecto Virgilio Burbano esperaba, en la descrita actitud, a su enemigo, para salirle al paso en hora oportuna.

Acechar es, según el diccionario de la Academia de la Lengua "observar. aguardar cautelosamente con algún propósito". Y colocarse en acecho o estar en acecho es lo mismo que mirar a escondidas y con cuidado.

Causales 1ª y 3ª

"Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

"Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Las funda el sustentante en el mismo argumento, y lo hace con acierto. Porque si se reconoce, como habrá que reconocer, que la sentencia no está de acuerdo con el veredicto del Jurado, debe invalidarse aquélla por mala aplicación de la Ley penal, puesto que el desacuerdo entre las dos piezas mencionadas repercute generalmente en la causal 1ª.

Si el Jurado fue lógico y exacto al negar la indefensión o inseguridad de Parra, la figura delictuosa imputable a Virgilio Burbano no podía ser ya un asesinato; y, por lo mismo, al sancionar al delincuente por este hecho, se violó la ley penal.

Creyó el sentenciador que por haber el Jurado asentido en que Virgilio Burbano se había colocado en "acecho", sin atender a que descartaba los elementos de indefensión e inseguridad del agredido, el delito era el planteado en el artículo 363 del Código Penal. Y allí estuvo el error. Porque la asechanza, que se confunde con la insidia, noción que no es la misma que se expresa con la palabra acecho, acción de acechar u observar con cuidado y con algún propósito, traduce exactamente engaño o artificio para dañar a otro. O lo que es lo mismo, que la víctima de la asechanza debe ignorarla, pues de lo contrario no habría artificio, ni el sujeto sería engañado. Luego si el individuo escogido para hacerle daño conoce lo que se le espera y está preparado, la acción así ejecutada se desnaturaliza o no alcanza la categoría de extremadamente grave.

Para que el delito cometido por Virgilio Burbano Daza —en el caso que se examina— pudiera recibir la denominación específica de asesinato tendrían que haber coincidido los dos elementos: el subjetivo del agente y el subjetivo del paciente, que es también objetivo con relación al acto. O dicho de otra manera: que a la acción cautelosa de Burbano, quien pretendía coger descuidado a Parra, debía sumarse el desprevenimiento de éste, como sujeto pasivo del acto criminal preparado.

Y si el Jurado desintegró la figura, dejando sólo un homicidio de propósito, su respuesta, su veredicto, fue interpretado equivocadamente, y al relacionarlo con la Ley penal se aplicó mal ésta.

Resume la Sala así lo estudiado:

a) No es el caso de convocar nuevo Jurado (consecuencia del reconocimiento de la causal 7ª), porque no ha habido veredicto contradictorio;

b) No es el caso de devolver el proceso para que se reponga el procedimiento (consecuencia del reconocimiento de la causal 4ª), porque no hay nulidad en la actuación; y

c) Sí es el caso de invalidar la sentencia y dictar la que corresponda (consecuencia de haber reconocido las causales 3ª y 1ª), porque se interpretó equivocadamente el veredicto y se aplicó indebidamente la Ley penal.

Fallo de la Sala

Al hacer el reemplazo de la sentencia recurrida en casación, debe atenderse a las modalidades del delito, a los motivos determinantes y a las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad del procesado.

Los antecedentes judiciales de éste van a continuación:

El 1º de abril de 1938 fue condenado por el Juez del Circuito de El Bordo a dos meses de reclusión por heridas, en riña y como provocador, delito cometido el 24 de octubre de 1936. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Popayán el 8 de junio de 1938.

El 11 de junio de 1941 fue condenado por el Juez del mismo Circuito a seis meses de prisión, por heridas, sin riña, hecho ocurrido el 9 de octubre de 1939. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Popayán el 11 de diciembre de 1941.

A pesar de estos datos, no se le puede deducir a Virgilio Burbano Daza reincidencia porque en uno de los delitos fue provocado, en el otro la pena fue de arresto, por lo que no había lugar a calificar reincidencia de acuerdo con el Código anterior, cuando ese delito se cometió, y porque la sentencia recaída al tercero no se había pronunciado (la de segunda instancia) cuando cometió el referente a este proceso.

Pero sí son esos antecedentes reveladores de peligrosidad. Y como, por otra parte, el haberse colocado en acecho para atacar y herir con ventaja, es una modalidad que igualmente indica que se trata de un sujeto peligroso, y que no hubo un motivo serio que lo determinara a cometer la acción, no se le podrá imponer el mínimo de la sanción establecida en el artículo 362

del C. Penal, ni tampoco el máximo por concurrir por lo menos una circunstancia de menor peligrosidad (artículo 36 y numerales 2º y 8º del artículo 37 y 5º del artículo 38, Código Penal).

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, en desacuerdo con el concepto del Señor Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Popayán fechada el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en la cual se le impuso a VIRGILIO BURBANO DAZA la sanción principal de diez y seis años de presidio, y en su lugar se le condena a diez años de la misma clase de sanción.

Quedan en firme las demás de que trata la sentencia de primera instancia, advirtiendo que la interdicción del ejercicio de derecho y funciones públicas es por el término de diez años.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Jorge Enrique Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty — Julio E. Argüello R., Secretario.

DOCUMENTO O PRUEBA SECRETA— OBJETO DEL RECURSO DE REVISION

1.—Documento o prueba secreta quiere decir documento reservado y oculto, prueba reservada u oculta. Por consiguiente, en un juicio criminal, que por su naturaleza es público y en el que precisamente tanto los elementos probatorios del delito como los que conciernen a la responsabilidad deben estar presentes en el proceso, para que las partes y en especial el acusado los conozcan y pueda éste defenderse de los cargos, sería inadmisible que ese medio de convicción se mantuviera en reserva, para al final sorprender el acusado con una sentencia no esperada por él y contra la cual no estuvo en capacidad de ejercitar el derecho de la defensa. Y de allí la necesidad de establecer un recurso extraordinario para tales posibilidades.

2.—Es bien sabido, y así lo ha expresado en repetidas ocasiones la Sala de Casación Penal de la Corte, que el recurso de revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley, pues no se trata con ese recurso extraordinario de reponer un fallo, sino el proceso mismo. O, lo que es igual, que el recurso de revisión no tiende ni puede tender a corregir el error del Juez o del Tribunal sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, ya que él no es una tercera instancia sino que se inspira en una legal certidumbre de que el reo debió ser absuelto por cualquiera de las razones que contempla el art. 571 de la Ley 94 de 1938, razones que se compendian o en que el hecho criminoso no existió, o en que habiendo existido resulta al fin inocente el condenado, o irresponsable, o en que la condenación obedeció a pruebas secretas extrañas al proceso, o que provino de la imposibilidad del caso primero de aquel artículo. En el caso del proceso, lo que la Corte no puede permitir, so peligro de desnaturalizar el recurso de revisión, es ordenar que se haga un nuevo proceso, invalidando el ya terminado, es decir, que se vuelva a juzgar a quien no ha demostrado ser inocente, para que se disminuya una pena impuesta en un juicio válido, por indebido que parezca el exceso señalado. Es cierto que la finalidad del recurso de revisión es la de corregir un error judicial. Pero no toda clase de errores; porque para ello la ley ha establecido medios adecuados. La inequidad de un fallo que se base en no haberse condenado a un inocente sino en habérsele sancionado con rigor, conmueve y excita a que se repare la falta. Pero si ello no es posible, porque no se supo por el interesado acudir a la medida legal indicada y establecida para el caso, no sería de ninguna manera aconsejable violar esa ley, ampliándole sus términos, reformándola y desconociéndole sus propósitos, so pretexto de enmendar una posible y no comprobada violación de otra.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

José de los Santos Nanclares ha presentado demanda de revisión contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, en la que se le condenó, entre otras sanciones, a la principal de tres años de presidio y a la accesoria de cinco años de relegación a una colonia agrícola penal, por haber herido con instrumento cortante y punzante a Juan de Jesús Corral, quien quedó con una perturbación funcional permanente, que consiste "en la pérdida de los movimientos de flexión y extensión de los dedos" (índice, medio, anular y meñique de la mano derecha), hecho consumado el veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, en jurisdicción de Santa Fe de Antioquia.

El escrito de revisión viene acompañado de los siguientes documentos: 1º copia de la sentencia de primera instancia del Juzgado del Circuito de Santa Fe de Antioquia, en la cual se condenó al mencionado Nanclares a la sanción principal de dos años de prisión por las lesiones causadas a Juan de Jesús Corral, calificándolo como primer reincidente; 2º copia de la Vista del Fiscal del Tribunal Superior de Medellín, en la cual pide el Agente del Ministerio Público que se confirme la sentencia del Juez del conocimiento, pero disminuyendo la sanción a vein-

tiún meses y diez días de prisión; 3º copia de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se reformó la de primera instancia, en cuanto a la calidad y cantidad de las sanciones impuestas, pues el Tribunal corrigió el error del Juez, o sea el haber aplicado el artículo 373 en vez del 374 del Código Penal y computó una segunda reincidencia; 4º copias de las sentencias de primera y de segunda instancia dictadas por el Juzgado 2º del Circuito de Frontino y el Tribunal Superior de Medellín, fechadas el 13 de junio de 1936 y el 23 de abril de 1937, respectivamente, en las cuales se condenó a José de los Santos Nanclares, por otro delito de heridas cometido el diez y siete de febrero de mil novecientos treinta y cinco, a la pena de diez y ocho meses de reclusión; y 5º certificado del Secretario del Juez del Circuito de Santa Fe de Antioquia, que dice:

"El suscrito Secretario del Juzgado del Circuito de Antioquia, **Certifica:** que a folios 42 del expediente que contiene la causa por lesiones personales contra José de los Santos Nanclares se halla una simple atestación de que el referido Nanclares, según la Oficina del Detectivismo de Medellín, sufrió una condena por heridas en el año de mil novecientos veinticuatro, sin que allí aparezca copia de las sentencias respectivas. Que es la verdad".

El demandante invoca las causales 3ª y 4ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, que dicen en su orden:

"Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

"Cuando la sentencia condenatoria, a juicio de la Corte Suprema, haya sido obtenida por algún documento u otra prueba secreta que no existía en el proceso".

Y las funda en lo siguiente:

"1º Sobre la imputación de lesiones personales a Juan de Jesús Corral, fui condenado por el señor Juez de este Circuito a sufrir la pena de dos años de prisión, aplicando dicho señor Juez el mínimum señalado por el inciso segundo del artículo 373 del Código Penal, aumentando cuatro meses por razón de circunstancias desfavorables, como también aumentando lo que creyó del caso por concepto de una reincidencia. No obstante hubo en esta providencia un error simplemente aritmético, consistente en la aplicación de ocho meses, como tercera de diez y seis, en vez de cinco meses diez días, como bien lo observó el señor Fiscal, cuya vista acompaño en copia;

"2º El Tribunal Superior consideró que la disposición aplicable era el inciso segundo del artículo 374 del C. P., y fué así como me impuso la pena de tres años de presidio, aplicándome, además, como pena accesoria, cinco años de relegación a una Colonia Agrícola Penal, sobre la base de una doble reincidencia que no existe ni se encuentra comprobada en el proceso;

"3º Es verdad que el artículo 34 del C. P. trae la relegación a una Colonia Agrícola Penal; pero esta pena es aplicable de la segunda reincidencia en adelante, entendiéndose por reincidencia el nuevo delito cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la última condena;

"4º También lo es que en el expediente que constituye mi causa existen dos copias de unas sentencias debidamente identificadas, por las cuales se me condenó a dos años de reclusión, por infracción cometida el día diez y siete de febrero de mil novecientos treinta y cinco; pero en él no existe copia de ninguna otra sentencia que venga a imputarme la segunda reincidencia de que habla el artículo 34 que he citado. Y tanto es así, que el señor Secretario del Juzgado del Circuito, en cuya cárcel me encuentro, certifica que en el expediente sólo existe a fs. 42, la simple atestación que hizo la oficina del Detectivismo, al librársele un exhorto, sobre que fui condenado a trece meses y quince días de reclusión por sentencia del H. Tribunal Superior, fechada el diez y ocho de marzo de mil novecientos veinticuatro, sentencia ésta que mal podría tenerse en cuenta, porque data desde casi una veintena de años. Ahora, tan seguro estaba el señor Juez de la causa de que este delito no constituía reincidencia, para efectos de mi condenación, que no hizo traer a los autos copias de esas sentencias; y

"5º En las copias que acompaño a esta solicitud puede verse la exactitud de los hechos a que me he referido, y como considero que ellas hacen suficiente prueba, no estoy dispuesto a producir otras ante esa alta Entidad, porque la circunstancia de mi excesiva pobreza no me permiten constituír un abogado en la capital de la República. Así que oiré notificaciones en la cár-

cel del circuito en donde me encuentro o en el lugar designado por el señor Director General de Prisiones, a quien le fueron enviadas las copias de sentencias recaídas en la causa que da origen al recurso que interpongo".

Término probatorio

Durante el término respectivo no se adujeron pruebas, y la Sala no accedió a la solicitud de la Procuraduría, destinada a que se dictara un auto para mejor proveer, con el fin de averiguar si en efecto el Tribunal Superior de Medellín había tenido en qué apoyar su decisión en cuanto a la condena accesoria de relegación a una Colonia Agrícola Penal, es decir, para haber condenado a José de los Santos Nanclares, como reincidente, por segunda vez.

En esa oportunidad dijo el señor Procurador lo siguiente:

".....Según se desprende de las diligencias traídas para sustentar el recurso, falta en el proceso la comprobación de que antes de la sentencia del 18 de febrero de 1944, dictada por el Tribunal de Medellín, Nanclares fue condenado más de una vez en los diez años anteriores a la última infracción. No aparece sino copia de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas el 13 de junio de 1936 y el 23 de abril de 1937, por el Juzgado 2º del Circuito de Frontino y por el Tribunal Superior de Medellín, respectivamente. Tales sentencias pusieron fin a un proceso por lesiones personales cometido por Nanclares contra Efraín Villa".

En atención a lo que la Sala resolvió en lo tocante a la solicitud del Agente del Ministerio Público, éste, sin disponer de ningún otro documento para manifestar su opinión se vio precisado a pedir la revisión del proceso, fundándose en las razones que ahora se verán.

Concepto de la Procuraduría

".....Es de advertir que la circunstancia de la reincidencia del procesado, tal como lo declaró el Tribunal Superior de Medellín, no fue debatida en las instancias, ni a ella pudo hacer referencia el reo, pues fue una apreciación hecha por el juzgador de segundo grado, sin base ninguna que permitiera formularla. La sentencia atribuye a Nanclares la calidad de reincidente partiendo de una prueba inexistente, cual es la que se refiere a las dos condenaciones anteriores, como se acredita con el certificado expedido por el Secretario del Juzgado del Circuito de Antioquia, con fecha 13 de marzo de 1944.

"Ahora bien: El recurso de revisión debe concederse, en concepto de la Procuraduría, no sólo cuando se acredita, por los medios establecidos en la ley, la total irresponsabilidad del condenado o su inocencia absoluta, sino cuando la pena se ha llevado a injustos extremos sobre la base de elementos que no existen. En el fondo, se trata de reparar una injusticia y esa injusticia bien puede tener su origen en sistemas errados de investigación que permitieron reconocer un delito donde no lo había, o la responsabilidad de dos o más personas donde sólo podía declararse la de una, o en los documentos que determinen una pena mayor, aunque no desvirtúen la responsabilidad del sentenciado.

"Es lo cierto que la pena accesoria de cinco años de relegación en una colonia penal se impuso indebidamente. Por lo menos eso es lo que aparece hasta ahora, de las copias traídas por el interesado. De manera que hay motivo suficiente para reabrir el proceso y estimar jurídicamente en él las condiciones personales del reo, sus antecedentes delictivos, a fin de aplicarle una adecuada y razonable condena".

Considera la Sala

Desde luego la causal 3ª de revisión no es aquí pertinente, ni siquiera se ha intentado fundarla. Porque no se ha demostrado —lo que además no era posible— que la sentencia del Tribunal Superior de Medellín se apoyó en testimonios falsos o documentos de la misma clase o, en fin, en pruebas de esa índole.

Causal 4ª—Se refiere ella, como se vio al principio, al caso en que el fallo condenatorio lo haya determinado una prueba o documentos secretos que no existían en el proceso.

Documento o prueba secreta quiere decir documento reservado y oculto, prueba reservada u oculta. Por consiguiente, en un juicio criminal, que por su naturaleza es público y en el que precisamente tanto los elementos probatorios del delito como los que conciernen a la responsabilidad deben estar presentes en el proceso, para que las partes y en especial el acusado los conozcan y pueda éste defenderse de los cargos, sería inadmisible que ese medio de convicción se mantuviera en reserva, para al final sorprender al

acusado con una sentencia no esperada por él y contra la cual no estuvo en capacidad de ejercitar el derecho de la defensa. Y de allí la necesidad de establecer un recurso extraordinario para tales posibilidades.

Y ahora se pregunta: ¿José de los Santos Nanclares está en alguna de esas hipótesis, es decir, se le condenó a él valiéndose de una prueba misteriosa, y se sorprendió al declarársele responsable del delito de lesiones en la persona de Juan de Jesús Corral?

Esto es lo que se va a estudiar y a decidir.

Es bien sabido, y así lo ha expresado en repetidas ocasiones esta Sala de la Corte, que el recurso de revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley, pues no se trata con ese recurso extraordinario de reponer un fallo sino el proceso mismo. O lo que es igual, que el recurso de revisión no tiende ni puede tender a corregir el error del Juez o del Tribunal sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, ya que él no es una tercera instancia sino que se inspira en una legal certidumbre de que el reo debió ser absuelto por cualquiera de las razones que contempla el artículo 571 de la Ley 94 de 1938, razones que se compendian o en que el hecho criminoso no existió, o en que habiendo existido resulta al fin inocente el condenado, o irresponsable, o en que la condenación obedeció a pruebas secretas extrañas al proceso, o que provino de la imposibilidad del caso primero de aquel artículo (sentencias de 10 de diciembre de 1942, 25 de mayo de 1943 y 12 de noviembre de 1943, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, publicadas en los números 1996 y 1997, 1998 y 1999, y 2001 a 2005 de la **Gaceta Judicial**).

De consiguiente, si se accediera a lo que el recurrente persigue y apoya el Ministerio Público, se habría apartado la Sala de los fines del recurso de revisión, dándole el típico carácter de una tercera instancia. Porque la condenación de José de los Santos Nanclares no obedeció a prueba cuya falsedad se hubiese comprobado, o a documento secreto extraño al juicio.

Es muy posible que una pieza indispensable, no para dictar sentencia condenatoria, sino para hacer un cómputo que daba lugar a la fijación de una pena accesoria, no se hubiera agregado al proceso en la forma legal, bien por no existir en realidad, o por descuido del funcionario, o que esa sanción accesoria se basó en una simple certificación, o que ésta se interpretó erradamente.

En todos estos supuestos, el procesado tenía el camino legal de recurrir en casación, invocando como pertinentes las causales 1ª y 2ª, o aquélla solamente, que es la que trata de la indebida aplicación de la ley penal.

Pero lo que la Corte no puede permitir, so peligro de desnaturalizar el recurso de revisión, es ordenar que se haga un nuevo proceso, invalidando el ya terminado, es decir, que se vuelva a juzgar a quien no ha demostrado ser inocente, para que se disminuya una pena impuesta en un juicio válido, por indebido que parezca el exceso señalado.

Es cierto que la finalidad del recurso de revisión es la de corregir un error judicial. Pero no toda clase de errores; porque para ello la ley ha establecido medios adecuados. La inequidad de un fallo que se basa no en haberse condenado a un inocente sino en habérsele sancionado con rigor, conmueve y excita a que se repare la falta. Pero si ello no es posible, porque no se supo por el interesado acudir a la medida legal indicada y establecida para el caso, no sería de ninguna manera aconsejable violar esa ley, ampliándole sus términos, reformándola y desconociéndole sus propósitos, so pretexto de enmendar una posible y no comprobada violación de otra.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NIEGA el recurso de revisión del proceso que se siguió ante el Juzgado del Circuito de Santa Fe de Antioquia y el Tribunal Superior de Medellín, en el cual esta Corporación dictó sentencia condenatoria imponiéndole a Jose de los Santos Nanclares, entre otras sanciones, tres años de presidio, como principal, y cinco años de relegación a una Colonia Agrícola Penal, como accesoria, por el delito de lesiones personales.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge Enrique Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty — Julio E. Argüello R., Srio. en ppdad.

VIOLENCIA CARNAL

Al dar aplicación al artículo 317 del Código Penal, numeral 1º, quedan comprendidas allí todas las consecuencias NATURALES, leves o graves, que sobrevengan a la víctima por razón de su estado de virginidad, es decir, aquellas lesiones genitales que suelen acompañar a la desfloración como resultado del acto mismo, las cuales, incluídas ya en el aumento que ordena la disposición citada, no pueden luégo influir en un nuevo aumento de sanción. De modo que el desgarramiento del periné y de la mucosa vulvar a ese nivel, no pueden considerarse en este caso como un hecho independiente del coito consumado, que implique voluntad del responsable para hacer más nocivos los efectos del delito, y, por tanto, no hay razón para cargarle al reo un agravante previsto ya como circunstancia modificadora de aquel, porque lo prohibe expresamente el artículo 317 citado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo dieciséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada)

VISTOS:

Como responsable de violencia carnal en la menor Natividad Varela fue condenado Isabelino Reyes Prieto a diez años de prisión por el Tribunal Superior de Cali, en fallo de 2 de marzo de 1943, contra el cual recurrió en casación el procesado.

En una imperfecta demanda, que, sin embargo, tendrá en cuenta la Corte, invoca el reo la causal 1ª del artículo 567 de la Ley 94 de 1938, respaldada con el argumento de que el error en la aplicación de la ley proviene del cómputo de "agravaciones" no acreditadas en el proceso.

Por su parte, el señor Procurador delegado conceptúa que debe casarse la sentencia para disminuir la sanción, ya que en aquella sólo se tuvieron en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad y se desechó una favorable a Reyes Prieto, cual es la de haber procurado éste de manera espontánea anular las consecuencias del delito.

Antes de entrar al estudio de la citada sentencia se advierte que como el magistrado impedido en este negocio, doctor Jorge Gutiérrez Gómez, ya no actúa en la Corporación, ha perdido su razón de ser la actuación del Conjuez, puesto que no hay impedimento en ninguno de los magistrados de la Sala Penal.

Como la demanda se limita a tachar el exceso de pena, con base en la causal antes mencionada, es preciso analizar brevemente los fundamentos de dicha sanción.

En el fallo de primera instancia se halla el relato de los hechos, en la siguiente forma:

"El H. Tribunal Superior recordó, en esa providencia, cómo en momentos en que Armando Ochoa, a eso de las nueve y media de la noche del diez de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, caminaba acompañado de la citada menor que era doméstica de su casa, por la cuadra comprendida entre las calles 18 y 19 de la carrera 12 de esta ciudad, fue asaltado intempestivamente por un individuo de color más bien moreno, no mal trajeado él, quien, poniéndole un cuchillo sobre el pecho, le dijo: "hágame el favor, soy autoridad", y como habiéndole replicado que debía probarle que en realidad era autoridad, el sujeto en referencia, tomándolo de un brazo y amenazándolo con el arma que portaba, se dirigió a otros dos sujetos que por allí se encontraban, diciéndoles: 'ola, ola muchachos, cójanlo', soltándose entonces Ochoa del asaltante y saliendo en carrera hacia su casa con el fin de armarse; cómo en esta forma Ochoa dejó en poder de sus perseguidores a la menor Natividad Varela quien fue tomada por el sujeto de que se viene hablando y quien la llevó del brazo hacia una manga vecina en donde amedrentándola primero con el dicho de que era policía y amenazándola en seguida con un cuchillo niquelado de cachas negras y de hoja grande, hizo uso carnal de ella, por la fuerza, mediante amenazas de que le hundiría el cuchillo dentro del cuerpo, quedando la menor desflorada en tal acto, y cómo, en fin, ese sujeto resultó ser el procesado a quien se llamó a juicio".

Con base en lo anterior, al Jurado le fueron sometidas tres cuestiones relativas a la ejecución material del hecho, la falta de consentimiento de la víctima y su estado de virginidad, las cuales respondió afirmativamente.

De acuerdo con este veredicto, a Reyes Prieto se le impuso el máximo previsto en el artículo 316 del Código Penal, aumentado en una cuarta parte de conformidad con el numeral 1º del artículo 317 ibidem, por cuanto mediaban circunstancias de mayor peligrosidad que son las siguientes:

a) Haber incurrido en dos condenaciones de policía;

b) haberse valido del concurso de dos personas para la ejecución del hecho;

c) haberlo ejecutado de manera que demuestra notoria insensibilidad moral; y

d) haber hecho más nocivas las consecuencias del hecho, porque la desfloración produjo a la víctima una incapacidad de quince días.

Ninguna de menor peligrosidad se tuvo en cuenta, no obstante que, como lo observa el señor Procurador, el reo procediendo en conformidad con lo preceptuado en el artículo 322 del citado Código, pretendió anular o disminuir las consecuencias del delito (folios 5 v. y 29), propósito éste que ha debido apreciarse según el numeral 7º del artículo 38 ibidem.

Al respecto transcribe el señor Procurador el siguiente pasaje, contenido en la diligencia de careo entre el procesado y la víctima:

"Luego que la menor terminó, continúa el procesado diciendo: esta menor, cuando yo terminé de desflorarla, me dijo: 'qué voy a hacer con esta ropa así, qué hará mi mamá ahora?' y yo le dije: 'No tema, yo respondo por todo, yo me caso con usted, pues esta muchacha no me disgusta y siento hasta cariño por ella'. Toma la palabra la menor para decir: 'Es verdad que este señor, cuando terminó de hacer eso conmigo y yo le dije qué haría mi mamá al verme así, él me dijo, que respondería de todo y que se casaría conmigo, pero no me caso con este señor porque no tengo edad, ni sé qué clase de persona es este señor, ni lo conozco, ni tengo afán de casarme".

Y agrega la Procuraduría que "La manifestación del propósito de Reyes, de contraer matrimonio con la menor, está reiterada en la segunda diligencia de careo practicada entre los dos", lo cual es así.

Por otra parte, si bien es cierto que los tres primeros motivos de agravación, que tienen pleno respaldo en el proceso, estuvieron correctamente computados, no ocurre lo mismo con la última causal, o sea la prevista en el numeral 12 del artículo 37.

En efecto: al darse aplicación al artículo 317, numeral 1º quedan comprendidas allí todas las consecuencias **naturales,** leves o graves, que sobrevengan a la víctima por razón de su estado de virginidad, es decir, aquellas lesiones genitales que suelen acompañar a la desfloración como resultado del acto mismo, las cuales, incluídas ya en el aumento que ordena la disposición citada, no pueden luégo influír en un nuevo aumento de sanción. Además, no debe olvidarse que tales lesiones son más explicables tratándose de una mujer de catorce años.

De modo que el desgarramiento del periné y de la mucosa vulvar a ese nivel, no pueden considerarse en este caso como un hecho independiente del coito consumado, que implique voluntad del responsable para hacer más nocivos los efectos del delito, y, por tanto, no hay razón para cargarle al reo un agravante previsto ya como circunstancia modificadora de aquél, porque lo prohibe expresamente el artículo 37 tantas veces mencionado.

De lo dicho se deduce que la pena correspondiente a Reyes Prieto debe ser la de seis años de prisión, teniendo en cuenta la pena correspondiente al delito mismo, las tres circunstancias indicadoras de mayor peligrosidad, la de menor peligrosidad antes señalada y el aumento ordenado por el numeral 1º del artículo 317 del código penal.

Prospera, pues, la causal 1ª.

En consecuencia, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de 2 de marzo de 1943, en cuanto impuso como pena principal a Isabelino Reyes Prieto diez años de prisión por el delito de violencia carnal en la menor Natividad Varela;

2º En su lugar, condenar a Isabelino Reyes Prieto a sufrir la pena principal de seis años de prisión, por el delito de que se trata, pena que ha de pagar en el lugar que designe el gobierno y descontando todo el tiempo que haya estado en detención preventiva por el mismo delito y confirmar la sentencia en lo demás, pero con la ad-

vertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar por un período igual al de seis años y que la suspensión de la patria potestad durante el tiempo de la condena queda reducida a los mismos seis años.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Jorge Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty — Julio E. Argüello R., Secretario.

DETENCION PREVENTIVA

Cuando la orden de detención se dicta como consecuencia del auto de proceder, aquella forma un todo indivisible con éste para los efectos de los recursos que sean procedentes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo dieciocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada)

VISTOS:

En providencia de 21 de agosto último resolvió el Tribunal Superior de Bogotá llamar a responder en juicio criminal al doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano, por el delito de detención arbitraria y "decretar la detención preventiva" del mencionado doctor Caicedo Lozano, fuera de otras resoluciones cuya cita no es importante para decidir la solicitud que ahora va a estudiar la Corte.

El doctor Caicedo Lozano y su defensor pidieron reposición de dicha providencia y el primero ratificó en su escrito el recurso de apelación que había interpuesto contra el enjuiciamiento al serle notificado. El señor Fiscal del Tribunal (1º), también apeló del llamamiento a juicio.

El Tribunal negó la reposición solicitó, en auto de 18 de abril del presente año y dispuso librar las órdenes del caso para obtener la captura del doctor Caicedo Lozano, que se llevó a efecto el 24 del mismo mes. En este último proveído, dice así el Tribunal:

"Como el procesado doctor J. Ignacio Caicedo Lozano y el fiscal 1º del Tribunal doctor Camacho Latorre, han interpuesto el recurso de apelación contra el auto de enjuiciamiento y contra la orden de detención preventiva contenida en la misma providencia, esas solicitudes deben resolverse de conformidad con lo pedido, la primera en el efecto suspensivo, y la segunda, en el efecto devolutivo".

El doctor Caicedo Lozano, al llegar el proceso a la Corte en virtud de la apelación interpuesta, pide su libertad inmediata alegando, en síntesis:

"He considerado H. H. Magistrados que la actuación del H. Tribunal, en este particular, no es jurídica, pues no hallo explicación para el desdoblamiento de la integridad legal del auto encausatorio, y por lo mismo, he entendido que la providencia destro de la cual se halla contenida la orden de detención no tiene aún vigencia jurídica y que procede en consecuencia mi libertad incondicional inmediata".

La Corte corrió traslado de la solicitud a la Procuraduría General de la Nación, que contestó diciendo que debía resolverse de plano por tratarse de una libertad incondicional; pero la Corte insistió en el traslado, por creer que tratándose, como se trata, de delito que fue considerado por el Tribunal como merecedor de pena de prisión (pues de otra suerte no hubiera podido ordenar la detención), comportaba detención preventiva y, por ende, libertad provisional, que era en realidad la solicitada. La Procuraduría contestó el traslado en forma favorable al peticionario, según se verá en seguida:

Dijo así la Procuraduría, en lo pertinente:

"...el auto de proceder y el de detención constituyen aquí una sola providencia: el último se dictó como una consecuencia del primero, formando así un solo todo, una sola pieza jurídica indivisible.

"Luego es por demás irregular que si ese auto único se apeló y la apelación fue concedida en el efecto suspensivo, por tratarse de un llamamiento a juicio, no puede hacerse el desdoblamiento o desnaturalización de la providencia en que incurrió el Tribunal, cumpliendo una parte de lo allí mandado, como era la detención del doctor Caicedo Lozano.

"Es cierto que el auto de detención es por naturaleza de cumplimiento inmediato, pero precisamente por esa circunstancia tal proveído debe dictarse de tal manera que pueda llevarse a término sin dilación, sin obstáculo procesal de ningún orden.

"Y como al articularse la orden de detención dentro del propio auto de proceder, como algo que le accede a éste, es natural y lógico que todo lo que interrumpa el cumplimiento de la pieza principal, ha de incidir necesariamente en la parte accesoria que le acompaña.

"Es elemental que la apelación de una providencia concedida en el efecto suspensivo, hace legalmente imposible cumplir los efectos de la providencia mientras el recurso no sea resuelto por el superior. Y como esa es la situación procesal que se confronta aquí, tiene razón el peticionario de que se le ponga en libertad incondicional, puesto que la orden de captura fue precipitada, hallándose pendiente un recurso que privaba al inferior de jurisdicción para cumplir cualquiera de las órdenes contenidas en el auto recurrido.

"Ahora bien: si se objeta que la orden de detención es de inmediato cumplimiento y que el auto que la decreta es sólo apelable en el efecto devolutivo, a ello se contesta que esa situación sólo se presenta cuando aquélla se dicta en el correspondiente auto, en aquél que ordena el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal. Pero cuando la detención, como ocurre aquí, hace parte del auto de proceder, el cumplimiento inmediato de ella se hace nugatorio, si esta última providencia es apelada; entonces interfiere un obstáculo procesal, el efecto suspensivo del recurso, que, por disposición terminante de la ley, impide ejecutar lo resuelto por el inferior mientras el Juez **ad-quem** falla la alzada.

"En todo caso, se presenta aquí una situación conflictiva de orden procesal, la atinente a la pronta efectividad de la orden de detención y la que concierne a la prohibición de cumplir un auto recurrido en el efecto suspensivo, estando pendiente la apelación, surgiendo, por lo tanto, una duda que, de acuerdo con el conocido principio general de derecho y con disposiciones expresas de nuestra ley (artículo 204 del C. de P. P. y 45, Ley 153 de 1887), debe desatarse en favor del procesado. "Los casos dudosos, dice el artículo 45 citado, se resolverán por interpretación benigna".

La Corte considera:

El auto de proceder y la orden de detención se dictaron dentro de la misma providencia y contra ella se concedió la apelación en los dos efectos: en el suspensivo para el enjuiciamiento y en el devolutivo para la detención.

Como el código de procedimiento penal no explica cuáles son los efectos de las dos formas del recurso de apelación, es necesario estar en este particular a lo preceptuado por el código de procedimiento civil (artículo 7º de la Ley 94 de 1938), en cuanto no se oponga a la naturaleza especial de aquel. Según este código, las apelaciones se conceden en el efecto suspensivo, o en el devolutivo (artículo 490). Cuando se otorgan en el devolutivo, no se suspende la jurisdicción del juez del conocimiento ni la ejecución de la sentencia o auto apelado (artículo 499); pero cuando se otorgan en el efecto suspensivo, se suspende la jurisdicción (artículo 147, ordinal 1º) y, naturalmente, la ejecución de la sentencia o auto apelado, hasta que recaiga el fallo del superior (artículo 501). Es, pues, la misma ley la que ha señalado los efectos de las dos formas de apelación que pueden interponerse contra las providencias judiciales en el ramo civil y en el penal.

Conforme con esto, hay oposición en los efectos de dichas dos formas de apelación y resulta que la suspensiva arrastra a la devolutiva impidiendo la ejecución de la providencia apelada y suspendiendo la jurisdicción del inferior mientras el recurso se decide. Contra una providencia no puede, pues, concederse simultáneamente la apelación en los dos efectos, en ningún caso, porque no sólo son diferentes, sino completamente opuestos. Y de ello resultaría —como habría que decirlo aquí— que el juez **a quo** seguiría con jurisdicción y podría cumplir una parte de la providencia apelada y al mismo tiempo carecería de jurisdicción y no podría cumplir otra parte de la misma providencia. En el presente caso el Tribunal remitió todo el expediente a la Corte y no dejó copia alguna para seguir actuando, porque no podía hacerlo.

En consecuencia, no podía cumplirse la detención del doctor Caicedo Lozano mientras la Corte no revisara y no revise el auto de proceder, mediante el trámite que la ley señala y que no se puede pretermitir. Ambas resoluciones fueron dictadas dentro de la misma providencia, y no en forma que siquiera en gracia de discusión pudieran separarse, sino que fue decretada la detención precisamente como consecuencia natural y accesoria del enjuiciamiento. De esta suerte, interrumpida la jurisdicción del Tribunal y el cumplimiento de la resolución principal, que es el enjuiciamiento, quedaba interrumpido también el cumplimiento de la accesoria, que es la detención.

Es verdad que el auto de detención es por naturaleza de cumplimiento inmediato, como el ministerio público lo advierte, y que puede ser apelado solamente en efecto devolutivo (artículo 187 del C. de P. P.); pero como atinadamente se contesta también en el concepto de la Procuraduría, eso sólo puede acontecer cuando la detención se decreta en el auto correspondiente, que es el indicado por el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, y que puede y debe dictarse desde que exista la prueba indispensable. Mas cuando hace parte de otra providencia apelable y apelada en el efecto suspensivo, se hace imposible su inmediato cumplimiento y la apelación en el efecto devolutivo no produce el resultado que le es propio. Precisamente por ello ha de dictarse esa resolución de manera que pueda realizarse sin un obstáculo procesal como el apuntado.

Y no se diga que ya en esta corporación existen los fundamentos necesarios para detener al sindicado y que, por tanto, no debe aplazarse el cumplimiento de la detención; porque esos fundamentos o razones no son otros que los que fueron necesarios para dictar el auto de proceder, que se van a revisar cuando la Sala entre a considerar en la oportunidad debida el enjuiciamiento.

En resumen, para sustentar la tesis del Tribunal, sería menester dividir en dos partes o considerar como dos providencias la que ha sido objeto de la apelación, y la técnica procesal no permite considerarla así.

No quiere terminar la Corte sin recoger la doctrina que ha señalado el problema estudiado ahora en este proceso, para los fines jurisprudenciales que la corporación está obligada a llenar: que cuando la orden de detención se dicta como consecuencia del auto de proceder, aquella forma un todo indivisible con éste, para los efectos de los recursos que sean procedentes.

No sobra advertir tampoco que ni la opinión del ministerio público ni esta resolución, tocan el fondo mismo de la providencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ordena poner en libertad inmediata al peticionario Jesús Ignacio Caicedo Lozano, por no estar en firme la providencia por medio de la cual se decretó su detención.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO Dr. DOMINGO SARASTY M.

Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Con el respeto que merecen los H. H. Magistrados que integran la Sala Penal de la Corte, salvo mi voto, por no estar de acuerdo en la parte resolutiva del auto de mayo dieciocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

Si como resultado de la investigación se satisfacen los requisitos del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, con la comprobación del cuerpo del delito, y si por otra parte ,se establece la imputabilidad del sindicado mediante un testimonio que ofrece serios motivos de credibilidad, o por medio de graves indicios, la consecuencia lógica de esa providencia debe ser la detención del procesado, aunque se halle gozando del beneficio de libertad provisional, siempre que el delito imputado esté sancionado con las penas de presidio o de prisión. Si la detención es procedente en los casos contemplados en el ortículo 379 de la obra citada, con mayor razón se justifica cuando se demuestran los elementos objetivo y subjetivo del delito.

El artículo 416 del Código de Procedimiento Penal faculta al funcionario de instrucción o al juez de la causa para revocar o cancelar, en cualquier tiempo y de oficio, la gracia de la libertad provisional. Comprobado que el delito investigado es de aquellos que están exentos de tal beneficio, o que el procesado está entre las personas execptuadas del goce de la gracia de excarcelación. es indudable que las órdenes de este precepto deben cumplirse imperativamente, máxime cuando ellas se hallan contenidas en el auto de enjuiciamiento.

El cumplimiento de la orden de detención debe llevarse a efecto sin esperar la ejecutoria o la revisión del auto que la contempla. Las providencias dictadas en el curso del sumario son de efecto inmediato, pues ellas no causan ejecutoria sino en el juicio. (Artículo 195 del Código de Procedimiento Penal).

Si el fundamento de la detención provisional estriba en la necesidad de defender los intereses generales de la sociedad, garantizando con ella la seguridad de las personas y de las cosas, así como el orden público, estableciendo la comparecencia al juicio o la ejecución del fallo condenatorio, evitando la fuga u ocultación del procesado, es natural, lógico e imperativo que su cumplimiento debe ser inmediato y efectivo, ya cuando se la profiera o bien cuando se revoca la excarcelación de que se estaba disfrutando. La detención, como orden o medida **precautelativa,** debe ejecutarse inmediatamente después de dictada; pues, ninguna importancia tendría su cumplimiento tardío. cuando el procesado ha evadido la acción de la justicia.

Dejar en libertad al procesado y no hacer efectiva la detención, porque ella se ordena en el auto de enjuiciamiento, y éste no se halla ejecutoriado, por estar pendiente un recurso de apelación, es un principio que no se respalda en ningún postulado del Código de Procedimiento Penal.

El auto de proceder es la consecuencia lógica de la determinación del cuerpo del delito y de la imputabilidad de su autor. (Artículo 429 del C. de P. P.). Toda otra determinación que en él se tome es adjetiva, secundaria, pero en ningún caso esencial. "Así, cuando en éste se ordena la detención del sindicado, la causa del proveído no es el enjuiciamiento, sino la existencia de pruebas suficientes para detener y ser el delito alguno de los que requieren esta medida preventiva. Por eso está prohibido ordenarla cuando se procede por aquellos que no la aparejan".

El artículo 379 del Código de Procedimiento Penal dice que "cuando la infracción por que se procede tuviere señalada pena de presidio o de prisión, el procesado será detenido"; a su vez, el artículo 406, numeral 1º, establece que no se podrá conceder excarcelación por los "delitos contra la libertad individual". Y como el delito imputado al doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano está comprendido en estos dos mandatos de la ley procedimental, y en el Capítulo Segundo, Título XI, Libro II del Código Penal, que trata de la

"detención arbitraria", es indudable que la detención es procedente.

La detención debe ser de efectos inmediatos, sin esperar la revisión o ejecutoria del auto que la contempla, porque, de lo contrario, dicha medida sería nugatoria. Esta es la paráctica seguida por la mayoría de los Tribunales del país. Es cierto que la forma o concesión del recurso es irregular, pero ello, como se ha dicho anteriormente, en nada afecta lo substancial del auto procesatorio.

Domingo Sarasty

Julio E. Argüello R., Secretario.

VIOLENCIA CARNAL

1.—Aun cuando en muchos casos pueda ocurrir que la violencia empleada para fines carnales se identifique con el abuso que el criminal hace de las circunstancias de inferioridad personal de la víctima, no puede la Corte aceptar esa identificación como regla absoluta. Puede ocurrir, por ejemplo, que en una mujer dotada de notable fuerza física logre perpetrar el violador su delito mediante el empleo de medios que constituyen fuerza y violencia, sin que la víctima esté de suyo en condiciones de inferioridad. El inciso 2º del artículo 316 del Código Penal contempla una presunción de violencia, presunción de derecho que no admite prueba en contrario, o simplemente trata de erigir en delito contra el honor sexual la unión carnal con persona todavía no apta para ello?

2.—La ley reconoce al juzgador de instancia el poder discrecional de individualizar la sanción. Hoy no se determina la pena en su cantidad por las solas circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, como se hacía en el antiguo Código con las agravantes y atenuantes, sino que es preciso tomar en cuenta, además, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del procesado. (Artículo 36, C. P.).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Domingo Sarasty)

VISTOS:

Martín Fonseca ha recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, confirmatoria de la que dictó el Juez 1º Superior de ese Distrito, que lo condena a cinco años de prisión por el delito de violencia carnal.

El hecho sobre el cual versa este proceso puede resumirse así: Graciano Rodríguez, quien, según parece, reside con su familia en el municipio de El Valle, Departamento de Santander, dejó a su hija Anita, niña de ocho años y medio de edad, en la casa de los esposos Luis Ulloa y Rosa María Murillo, situada en la vereda de **Vega de Playas**, del mismo municipio, "para que acompañara a la esposa de Ulloa" —dice el padre de la ofendida—; y el día 16 de octubre de 1941, a eso de las once de la mañana, un sirviente de la misma casa, llamado Martín Fonseca, violó de manera inmisericorde a la impúber.

Aun cuando Fonseca manifestó en su indagatoria tener dieciseis años de edad, al expediente vino copia de la correspondiente partida de bautismo, de la cual resulta que cuando cometió el delito contaba ya veintitrés años.

También se estableció en el expediente la edad de la niña, tan gravemente perjudicada, así como el hecho de su desfloración.

Llamado a juicio Martín Fonseca por el delito de violencia carnal de que trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título XII, Capítulo 1º, el juicio se efectuó con intervención del jurado, que declaró que Fonseca era responsable del hecho que se le imputaba.

El Procurador de la Nación, Delegado en lo Penal, refiriéndose al memorial por medio del cual el procesado interpuso recurso de casación, dice: "En su escrito, a pesar de sus deficiencias, hay un ataque al fallo por indebida aplicación de la ley penal". Y destaca los pasajes de tal escrito, que dicen lo siguiente:

"....interpongo el recurso de casación ante la Honorable Corte Suprema de Justicia contra la mencionada sentencia del Honorable Tribunal, porque la considero violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

"En efecto: el artículo 316 del Código Penal señala pena de dos a ocho años de prisión; y el caso mío no presenta las características mencionadas en los dos artículos siguientes; no concurrió ninguna circunstancia que acuse en mí mayor peligrosidad (artículo 37); mi personalidad, rodeada de las circunstancias atenuantes que se expresan en la sentencia, coloca mi responsabilidad en el caso de imponer la pena mínima, pero los juzgadores buscaron el medio proporcional entre el máximo y el mínimo (cinco años), con

evidente violación del artículo 39 según mi parecer en relación con los actos ejecutados".

Observa la Procuraduría que el Tribunal sentenciador se limitó a transcribir los conceptos del Juzgado **a quo**, y agrega: "En esas condiciones, la Sala revisora se ha solidarizado con los errores de aquel funcionario".

Anota el señor Procurador Delegado como errores del fallador los siguientes:

a) Haberle cargado al reo como circunstancia de mayor peligrosidad la contemplada en el numeral 7º del artículo 37 del Código Penal; "abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido. o de circunstancias desfavorables al mismo" siendo así —dice el Procurador— que "la violencia ataca el consentimiento de la persona ofendida y supone forzosamente en ésta condiciones de inferioridad para resistir la acción delictiva";

b) Haber hecho un aumento indebido de la sanción mínima señalada por el artículo 316 del Código Penal. Sobre este segundo punto, dice la Procuraduría:

"La sanción mínima señalada en el artículo 316, dos años de jrisión, se aumentará hasta **en una cuarta parte**, es decir, hasta en seis meses más, cuando concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 317. Para el presente caso se ha tomado en consideración aquella que contempla el numeral primero y que dice:

'Artículo 317.—La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una cuarta parte en los casos siguientes:

'1º Si el delito se comete en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad'.

"Pero ese aumento de seis meses es un máximo que sólo debe imponerse cuando ocurran circunstancias de mayor peligrosidad en el delincuente. Agravar la pena con el referido máximo establecido por el artículo 317 y luego computar circunstancias de mayor peligrosidad, y con base en éstas, decretar una nueva agravación, implica también una grave aberración en el criterio del juzgador. Por ese segundo aspecto, la sentencia debe ser invalidada".

Para resolver, considera la Corte:

Aun cuando en muchos casos pueda ocurrir que la violencia empleada para fines carnales se identifique con el abuso que el criminal hace de las circunstancias de inferioridad personal de la víctima, no puede la Corte aceptar esa identificación como regla absoluta.

Puede ocurrir, por ejemplo, que en una mujer dotada de notable fuerza física, el violador logre perpetrar su delito mediante el empleo de medios que constituyen fuerza y violencia, sin que la víctima esté de suyo en condiciones de inferioridad.

El artículo 316 del Código Penal contempla dos figuras del delito: en el inciso primero, el acceso carnal con persona adulta "mediante violencia física o moral"; y el inciso segundo considera delictuoso el mero acceso carnal cuando el sujeto pasivo sea menor de catorce años.

¿Se trata en este segundo caso de una presunción de violencia, presunción de derecho que no admite prueba en contrario?

¿O se trata simplemente de erigir en delito contra el honor sexual la unión carnal con persona no apta todavía para ello?

Conviene plantear estos interrogantes, aun cuando en el caso de que ahora se trata no sea necesario formular una respuesta categórica, por lo que en seguida se dirá.

Es cierto que el juzgador de instancia computó como circunstancia de mayor peligrosidad, en contra del procesado, el abuso de las condiciones de inferioridad personal de la ofendida; mas, no se atuvo a esa sola circunsancia de mayor peligrosidad, pues la sentencia dice lo siguiente:

"Está igualmente demostrada en los autos la buena conducta anterior del procesado, lo mismo que su pobreza y falta de ilustración. Pero al propio tiempo la consumación del acto carnal en una niña de tan corta edad, pone de manifiesto una mayor insensibilidad moral en Fonseca, que lo exhibe como individuo peligroso para la sociedad".

Según la apreciación del Tribunal, obran en contra del reo dos circunstancias de mayor peligrosidad: las de los numerales 6º y 7º. De manera que, aun aceptando la tesis del señor Procurador en el sentido de descartar aquélla, siempre habría que tener en cuenta la otra. Y como basta que obre una de tales circunstancias para que no pueda imponerse el mínimo de la sanción, el Juez y el Tribunal debían en este caso aplicar, como lo hicieron, una pena superior a dicho mínimo. Y así, no hubo, por este aspecto, indebida aplicación de la ley penal.

Ahora: partiendo de esa base, el otro punto de impugnación de la sentencia pierde su importan-

cia práctica, desde el momento en que se reconoce al juzgador de instancia el poder discrecional de individualizar la sanción.

Varias veces ha llamado la atención la Corte hacia este punto capital de la reforma penal: hoy no se determina la pena en su cantidad por las solas circunstancias de mayor y de menor peligrosidad (como se hacía en el antiguo Código con las agravantes y atenuantes), sino que es preciso tomar en cuenta, además, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del procesado (artículo 36 del Código Penal).

Y una vez que se acepte, como se preciso hacerlo en este caso, que no podía ni debía el Tribunal atenerse al mínimo de la pena imponible, puesto que consideró probada la circunstancia de insensibilidad moral del procesado (aparte de la otra que desecha la Procuraduría), bien difícil sería para la Corte cambiar la cuantía de la sanción calculada por el Juez de derecho sobre aquellos factores de que trata el artículo 36 del C digo Penal y que no se han debatido en casació

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Casación Penal, oído el concepto del señor Pr curador de la Nación y administrando justic en nombre de la República de Colombia y p autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentenc del Tribunal Superior de San Gil, fechada veintiseis de noviembre de mil novecientos cu renta y cuatro, en la cual se condena a Mart Fonseca a la pena principal de cinco años de pr sión, como responsable del delito de violencia ca nal, consumado en la persona de la menor Ani Rodríguez.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACET JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jor E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez—D mingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Sri en ppdad.

CASACION POR DESACUERDO DEL VEREDICTO CON LA SENTENCIA ACUSADA EN UN PROCESO POR HOMICIDIO

Ya había dicho la Corte, en un caso similar al de autos, que "cuando el Jurado contesta afirmativamente el primer cuestionario de homicidio, es decir, la pregunta de si el procesado fue el ejecutor material del hecho y al propio tiempo niega el segundo cuestionario, esto es, el referente a la intención o propósito de matar, puede suceder que el ánimo de los jueces de conciencia sea el de aceptar que hubo un caso fortuito, o el de afirmar que el resultado del hecho superó a la intención del agente, o deducir que sólo hay nexo de causalidad física entre la acción del procesado y la muerte del otro, pero que falta el nexo de causalidad moral; en el primero de estos tres supuestos desaparece la imputación, en el segundo se presenta la modalidad del homicidio ultraintencional y en el tercero, dejando subsistente la imputabilidad física, queda negada la responsabilidad..." Ahora: contestando afirmativamente el primer cuestionario —ejecución material del hecho— pero negativamente todos los demás, no hay base segura para condenar porque las diferentes modalidades del homicidio son igualmente probables y entonces resulta arbitrario optar por una de ellas. "Podría, pues, declararse ya resuelto el punto y prescindirse de añadirle algo más a lo que parece claramente explicado. Pero a pesar de ello, no sobra decir que siempre será arriesgado interpretar extensivamente el veredicto y que esa clase de interpretación es muy expuesta al error. Quizás por eso los autores del Código de Procedimiento Penal se interesaron en ofrecer fórmulas concisas —que algunos llamaron casuísticas— para elaborar el cuestionario. Con ello se pretendía evitarle al juez de derecho la tarea de traducción de una respuesta confusa o ambigua, que es una manera de desprenderse el Jurado de su misión o de renunciar a ella, para dejarle al Juez de derecho la solución del caso. Y esto era precisamente lo que ocurría cuando, por oscuridad en las respuestas, debido, por ejemplo, a la deficiencia en el interrogatorio o cuestionario, el funcionario del conocimiento se veía precisado a convertirse en Juez de conciencia, determinando una pena cualquiera antes de patrocinar una absolución injusta en su personal convencimiento. Pero es claro que ese sistema por estar fundado en la adivinación del pensamiento ajeno con el desentrañamiento de un criterio poco expreso, tenía y tiene el peligro inherente a todo lo que sea fruto de la conjetura. Es posible que, estrictamente, la negativa del Jurado a la cuestión atañedera al propósito de matar de parte del homicida, no corresponda a un deseo inequívoco de absolver, si se ha contestado afirmativamente la cuestión primera, referente al hecho material de haber dado muerte. Pero tampoco podrá asegurarse que esta única afirmación equivalga a decisión alguna. Y en tal supuesto hay, para sostener la sentencia absolutoria, un punto de partida, cuya juridicidad no se puede desconocer; la negación de responsabilidad, implícita en el rechazo del propósito de dar muerte, cuando se ha expuesto a la consideración del Jurado un delito de homicidio puro y simple.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

En el paraje de "El León", Corregimiento de Uramitas, Municipio de Cañasgordas, jugaban a los naipes, desde las primeras horas de la tarde del diez y siete de mayo de mil novecientos treinta y nueve, Ulpiano Usuga y Lisardo Castaño, amigos entre sí. Este había ofendido a aquél con palabras en uno de los incidentes del juego, pero Usuga no tomó en cuenta el ultraje, y siguieron jugando. Personas que estaban presentes habían tenido, sin embargo, la precaución de despojarlos a ambos de los machetes. Ya como a las seis p. m., al parecer sin motivo, se trabaron en una riña, "estrujándose", según dicho de los testigos, y a poco Castaño cayó sin pronunciar palabra que denunciara su estado de gravedad o al menos que acababa de ser herido. No obstante, resultó con una lesión en el quinto espacio intercostal izquierdo, habiendo el instrumento vulnerante —que se ignora cuál fue— atravesado la pleura y penetra

do en la aurícula derecha. El lesionado murió una o dos horas después, pero del sitio de los acontecimientos no se recogió arma alguna, y el imputado Usuga negó el hecho.

Con tales datos se procedió a la investigación penal, y en el juicio que se adelantó contra Ulpiano Usuga se le presentaron al Jurado, reunido en audiencia pública el cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, las siguientes preguntas:

1ª "¿Os hallais plenamente convencidos de que Ulpiano Usuga, hirió con arma punzante o cortante (arma blanca) a Lisardo Castaño en las últimas horas de la tarde del diez y siete de mayo de mil novecientos treinta y nueve en el paraje 'El León', del Corregimiento de Uramita o Juntas de Uramita perteneciente al municipio de Cañasgordas, heridas que le causaron la muerte, pocas horas después en el mismo lugar?

"2ª ¿El acusado Ulpiano Usuga hirió a Lisardo Castaño conforme a la pregunta anterior, con el propósito de matar?

"3ª ¿Supuesto que Ulpiano Usuga haya herido a Lisardo Castaño y le haya causado la muerte como se pregunta en la cuestión primera, Usuga obró impulsado por la necesidad de defenderse, de una violencia actual e injusta contra su persona y la defensa fue proporcionada a la agresión?"

Las respuestas fueron: a la primera "Sí"; a la segunda y a la tercera "No".

El Juez 3º Superior de Medellín, entendiendo que el veredicto había sido negativo de responsabilidad, dictó sentencia absolutoria; pero el Tribunal de la misma ciudad no creyó que esa fuera la manera de interpretar el veredicto, que en su sentir indicaba que el Jurado había declarado responsable a Usuga por homicidio ultraintencional, y procediendo de acuerdo con este criterio, en providencia de diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, revocó el fallo consultado y le impuso a Ulpiano Usuga la sanción principal de cuatro años de presidio, considerando, se repite, que el Jurado había definido un homicidio ultraintencional.

Contra esta sentencia, interpuso recurso de casación el defensor de Ulpiano Usuga, y en el escrito de veintisiete de marzo del año próximo pasado lo sustentó invocando como pertinentes las causales 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La primera, que es una consecuencia de la tercera, está fundada en indebida aplicación de la ley penal, o sea, en haberse impuesto una sanció no correspondiente a la determinación del Jur y la otra (la tercera) aparece sustentada con do motivos que hacen parte de la misma causal: ve redicto en desacuerdo con los cargos formulado en el auto de proceder y con la sentencia.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal n creyó necesario en este caso extenderse demasia do, convencido seguramente de la sencillez de l cuestión planteada en la demanda, que él ha con siderado suficientemente adecuada a los fines qu con ella se persiguen, pues pide "que se invalid la sentencia recurrida del Tribunal Superior d Medellín y en su lugar se absuelva al procesad Ulpiano Usuga del delito de homicidio invest gado en este negocio".

Para llegar a la conclusión anterior razona as el Agente del Ministerio Público:

".....Como se vio por los cuestionarios trans critos, el Jurado sólo reconoció el nexo de impu tabilidad física, negando doblemente el nexo d causalidad psíquica o moral. Doblemente, porqu rechazó la cuestión sobre legítima defensa, caus de justificación que lleva envuelta la intenció de ejecutar un acto materialmente dañoso par defender la integridad personal amenazada. Si e Jurado hubiera reconocido la existencia de la le gítima defensa, negando el propósito homicida s había producido una evidente contradicción, po lo ya dicho. Pero, habiendo negado rotunda y sis temáticamente tanto el cuestionario expreso sobr el propósito de matar, como el que implícitamen te envuelve un reconocimiento de la intenció homicida, el Jurado desintegró la figura delicti va que en este caso se construye sobre dos bases el nexo de causalidad física y el nexo de causa lidad psicológica. Falta, pues, el segundo de lo elementos enunciados, tan importante como e primero para la integración del delito de homici dio".

Considera la Sala

El problema suscitado en la demanda del de fensor de Usuga ha sido ya examinado en est Sala detenidamente en el caso de Julia Garcí Abril. El Jurado contestó en esa oportunida afirmativamente la primera pregunta relativa a hecho (homicidio) y negativamente en las dos s guientes (propósito y riña imprevista).

También allí se le presentó al Juez de primera instancia la misma dificultad, y de igual manera fue resuelta, es decir, absolviendo.

Y también entonces el Tribunal respectivo (el de Ibagué), revocó la sentencia, para condenar.

La decisión de la Sala de Casación en aquel fallo (dos de abril de mil novecientos cuarenta y tres) fue favorable al recurrente, a quien se absolvió, no obstante que no se alegó perentoriamente el segundo motivo de la causal tercera (desacuerdo del veredicto con la sentencia), como sí se ha hecho en este caso de Ulpiano Usuga.

Partes importantes del fallo de que se viene hablando son:

".....Cuando el Jurado contesta afirmativamente el primer cuestionario de homicidio, es decir, la pregunta de si el procesado fue el ejecutor material del hecho y al propio tiempo niega el segundo cuestionario, esto es, el referente a intención o propósito de matar, puede suceder que el ánimo de los jueces de conciencia sea el de aceptar que hubo un caso fortuito, o el de afirmar que el resultado del hecho superó a la intención del agente, o deducir que sólo hay nexo de causalidad física entre la acción del procesado y la muerte del otro pero que falta el nexo de causalidad moral; en el primero de estos tres supuestos desaparece la imputación, en el segundo se presenta la modalidad del homicidio ultraintencional y en el tercero, dejando subsistente la imputabilidad física, queda negada la responsabilidad.

".....Ahora: contestando afirmativamente el primer cuestionario —ejecución material del hecho— pero negativamente todos los demás, no hay segura base para condenar porque las diferentes modalidades del homicidio son igualmente probables y entonces resulta arbitrario optar por una de ellas.

"De resolver el enigma creado por el veredicto en el sentido de que el reo siempre es responsable, cuál es el motivo para decidirse por el homicidio ultraintencional?

"¿Por qué no admitir más bien que hubo exceso en la legítima defensa? ¿O que el hecho ocurrió por la concurrencia de concausas?"

Podría, pues, declararse ya resuelto el punto y prescindirse de añadirle algo más a lo que parece claramente explicado. Pero a pesar de ello, no sobra decir que siempre será arriesgado interpretar extensivamente el veredicto y que esa clase de interpretación es muy expuesta al error. Quizás por eso los autores del Código de Procedimiento Penal se interesaron en ofrece fórmulas concisas —que algunos llamaron casuísticas— para elaborar el cuestionario. Con ello se pretendía evitarle al Juez de derecho la tarea de la traducción de una respuesta confusa o ambigua, que es una manera de desprenderse el Jurado de su misión o de renunciar a ella, para dejarle al Juez de derecho la solución del caso. Y esto era precisamente lo que ocurría cuando, por oscuridad en las respuestas, debido, por ejemplo, a la deficiencia en el interrogatorio o cuestionario, el funcionario del conocimiento se veía precisado a convertirse en Juez de conciencia, determinando una pena cualquiera antes de patrocinar una absolución injusta en su personal convencimiento. Pero es claro que ese sistema, por estar fundado en la adivinación del pensamiento ajeno con el desentrañamiento de un criterio poco expreso, tenía y tiene el peligro inherente a todo lo que sea fruto de la conjetura.

Es posible que, estrictamente, la negativa del Jurado a la cuestión atañedera al propósito de matar de parte del homicida, no corresponda a un deseo inequívoco de absolver, si se ha contestado afirmativamente la cuestión primera, referente al hecho material de haber dado muerte. Pero tampoco podrá asegurarse que esta única afirmación equivalga a decisión alguna. Y en tal supuesto hay, para sostener la sentencia absolutoria, un punto de partida, cuya juridicidad no se puede desconocer; la negación de la responsabilidad, implícita en el rechazo del propósito de dar muerte, cuando se ha expuesto a la consideración del Jurado un delito de homicidio puro y simple.

Debe, por lo tanto, declararse fundada la causal tercera de casación, en cuanto se alega respecto de ella desacuerdo del veredicto con la sentencia acusada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala le Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, en la cual se condenó a Ulpiano Usuga a la sanción principal de cuatro años de presidio, y, en su lugar ABSUELVE al mismo proce-

sado del delito de homicidio en la persona de Lisardo Castaño.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio. en ppdad.

EXTRADICION DE CIUDADANOS DE PAISES DISTINTOS AL QUE LA PIDE Y CONCEDE

I.—La nacionalidad del procesado cuya extradición se pide no es factor que la impida, ya que lo contrario equivaldría a consagrar la impunidad de los extranjeros que delinquen en países distintos a aquel de que son ciudadanos, y a privar de todo valor los principios universales de la territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal.

II.—Conforme a las normas del Acuerdo Bolivariano de 1911, aún vigente, basta que se haya dictado auto de detención para que se pueda conceder la extradición, lo que constituye una excepción al régimen del estatuto procesal penal colombiano, que requiere auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, abril nueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno).

El Gobierno ha solicitado de la Corte Suprema concepto sobre la extradición, pedida por el señor Embajador de la República del Ecuador, del ciudadano chileno Jorge Collarte Toro, acusado de estafa por dos mil sucres en perjuicio del señor Víctor Villafrán Vera, Cónsul General de Chile en la ciudad de Quito.

A la mencionada solicitud se adjuntaron los siguientes documentos:

a) Copia del denuncio criminal presentado por el perjudicado contra Collarte Toro;

b) Copia del auto de detención dictado por el Intendente General de Policía de la Provincia de Pichincha (Ecuador), y

c) Copia del artículo 540 del Código Penal de la República del Ecuador, por el cual se reprime el delito de estafa con prisión de seis meses a cinco años.

Sometida al procedimiento que señalan los artículos 15 del Decreto 2200 de 1938 y 395 del C. de P. C., la Corte procede a emitir el concepto solicitado, previas las consideraciones que en seguida se hacen, con fundamento en el Acuerdo sobre extradición suscrito por los países bolivarianos en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913 y cuyas normas —conforme al artículo 9 del Código Penal— son, en este caso, de obligada aplicación.

La extradición solicitada por cualquiera de aquellos países está subordinada a las siguientes condiciones, ya aquí cumplidas:

a) Que se haya dictado auto de detención contra el procesado;

b) Que la pena con la cual se sanciona el delito exceda, en su máximum, de seis meses de privación de la libertad con arreglo a las leyes del Estado que solicita la extradición y del que la concede;

c) Que las pruebas de la infracción justifiquen, de acuerdo con la legislación colombiana, el auto de detención, y

d) Que el delito esté comprendido en la enumeración del artículo II del mencionado Acuerdo sobre extradición.

En efecto, de acuerdo con la ley colombiana el delito de Collarte Toro se sanciona con la pena de uno a siete años de prisión (artículo 408), cometido e investigado aquí habría fundamento para dictar auto de detención, y la estafa —conforme al numeral 10 del artículo II del Acuerdo— es delito por el cual puede concederse extradición.

El procesado Collarte Toro, en la contestación al traslado, se opone, fundado en que "según el tratado bolivariano, es condición **sine qua non** para que la extradición prospere jurídica y legalmente que la petición de extradición recaiga sobre un súbdito del país que la solicita, y está plenamente demostrado —dice— que yo soy de nacionalidad chilena y no ecuatoriana"; "tampoco —afirma en otra parte de su escrito— puede aceptarse tal solicitud, porque contra mí no ha recaído auto de proceder, ya que según la legislación del Ecuador y la de Colombia, dicho auto tiene que notificarse personalmente al sindicado, para que haga uso de los recursos legales, ya que es sabido que ese auto, una vez apelado, no produce ejecutoria hasta que no reciba la aprobación del superior y a mí no se me ha notificado

tal auto; y hablo de auto de proceder porque ambos países tienen en su legislación la misma denominación.

Las objeciones de Collarte Toro son infundadas, pues ni el Acuerdo de 1911, ni la legislación penal, hacen la excepción invocada en cuanto a nacionalidad; y si en verdad el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal establece, como condición, que se haya dictado auto de proceder contra aquél cuya extradición se pide, el Acuerdo Bolivariano (artículo VIII) aporta una modificación a la norma procesal penal referida, en cuanto que basta el auto de detención para que la solicitud prospere.

Además, como Collarte Toro ha sido ya enjuiciado por el Juzgado 6º del Circuito Penal de Bogotá, y actualmente recluído en la Cárcel de este Distrito Judicial, también por delito de estafa, debe cumplirse la norma del artículo VII del Acuerdo, según el cual "cuando la persona reclamada se hallare procesada o condenada por el Estado requerido, la entrega, cuando a esto se procediere, no se efectuará sino cuando el reclam do sea absuelto o indultado o haya cumplido condena o cuando de algún modo queda terr nado el juicio"; la Resolución que se funda en presente concepto, en consecuencia, deberá comunicada al Juez 6º del Circuito Penal de B gotá.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte, S prema —Sala de Casación Penal— emite conce to favorable a la extradición de Jorge Colla Toro, solicitada por el Gobierno de la Repúbli del Ecuador, procesado aquél por el delito de e tafa cometido en perjuicio del señor Víctor Vill frán Vera, Cónsul de Chile en Quito, en algu de los días comprendidos entre el 21 de junio el 28 de septiembre del año pasado.

Notifíquese al procesado y devuélvase al M nisterio de Gobierno.

Francisco Bruno—Campo Elías Aguirre—Jor Gutiérrez Gómez—Ricardo Jordán Jiménez—Jo Antonio Montalvo—Julio E. Argüello, Secretar

FACULTADES DE LOS JUECES SUPERIORES EN LA INSTRUCCION DE LOS SUMARIOS

I.—La calidad de jefes de instrucción de los procesos que se adelanten dentro de su jurisdicción que la ley (artículo 64, C. P. P.) otorga a los Jueces de Circuito, no se opone a la que la misma norma confiere a los Jueces Superiores para aprehender directamente la instrucción del sumario o designar el funcionario competente que deba encargarse de la investigación.

II.—El uso de esta facultad no configura ni puede configurar el abuso de autoridad definido y sancionado por el artículo 171 del Código Penal, ni menos el de usurpación de funciones del artículo 182 del mismo estatuto.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, abril nueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Corte decide, por medio de esta providencia, la apelación que el Fiscal del Tribunal de Buga interpuso contra el auto de la misma Corporación, del 18 de marzo de 1943, por el cual **sobreseyó definitivamente** en favor del **doctor Bernardo Ospina Duque,** acusado de abuso de autoridad y otras infracciones por los señores Alfonso Delgado, Manuel J. Gil y Alejandro Zúñiga, delito —según éstos— cometido en ejercicio de sus funciones de Juez Superior del Distrito Judicial de Buga y consistente en haber pedido al Juez Penal de Cartago y al Juez Municipal de La Victoria el sumario que ante el primero de estos funcionarios se seguía contra el Presidente y Secretario del Jurado Electoral de La Victoria por falsedad de documentos públicos.

I.—Resultandos (hechos)

a) El día 1º de septiembre de 1941, los señores Alfonso Delgado, Manuel J. Gil y Alejandro Zúñiga presentaron denuncio —ante el Juez de Circuito Penal de Cartago— contra los señores Alfonso Aragón y Juan de Dios Vásquez, Presidente y Secretario, respectivamente, del Jurado Electoral de La Victoria, por haber revalidado e inscrito cédulas electorales sin Resolución del mismo Jurado;

b) El mismo día el Juez Penal de Cartago abrió la investigación y ordenó trasladarse a La Victoria —lo que se realizó en la mañana del siguiente día— con el objeto de practicar diligencias de inspección ocular en los libros y documentos del Jurado Electoral, y el cinco del mismo mes, es decir, tres días después, dictó auto de detención contra los procesados previa imputación de falsedad en documentos públicos y envió el expediente al Juez Municipal de La Victoria para que ampliara la investigación;

c) El diez del mismo mes, a solicitud del procesado Arazón, el Juez Superior de Buga pidió el expediente al Juez de Cartago y al comisionado de La Victoria, el primero de los cuales contestó que "faltaba **relievar** en dicha investigación si se trataba de un delito de falsedad en documentos, de competencia del Juez Superior o más propiamente de un delito contra el sufragio, definido por el artículo 289 del C. P. de competencia de ese despacho (del de Circuito)", que "al efecto se había ordenado minuciosa ampliación, de la cual podría ponerse en claro la verdadera configuración" y que "si de esa ampliación el negocio resultaba de la competencia del Juez Superior se le remitiría inmediatamente"; el Juez Municipal de La Victoria —a su vez— contestó en un principio que no enviaría el sumario sin antes consultar al Juez de Cartago, de quien era comisionado, pero tres días después resolvió enviarlo al Juez Superior por conducto de aquél;

d) El Juez Superior de Buga, en vista de la renuencia del Juez de La Victoria, se trasladó allí personalmente el 15 de septiembre y dictó auto avocando la investigación y ordenó la entrega del sumario y una inspección ocular en el Jurado Electoral para "ratificar las fechas y demás elementos que constaban en la inspección ocular practicada por el Juez de Cartago el día tres de septiembre";

e) El 17 de septiembre el mismo Juez Superior, a solicitud del abogado de uno de los procesados, revocó el auto de detención dictado por el Juez de Circuito Penal de Cartago contra los procesados Aragón y Vásquez, cuando estaba pendiente una apelación, y

f) El 22 de septiembre los señores Delgado Gil y Zúñiga presentaron —ante el Procurador— denuncio criminal contra el doctor Bernardo Ospina Duque, acusado de abuso de autoridad cometido en ejercicio de sus funciones de Juez Superior de Buga, denuncio que, enviado al Tribunal de este Distrito Judicial, dio lugar al auto de apertura de la investigación expedido el 15 de diciembre de 1941.

III — Resultandos (Conclusiones de las partes)

a) El procesado doctor Ospina, así como su defensor, explican que el primero, al solicitar el sumario, hizo uso de la facultad que le otorga el artículo 64 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se trataba de infracción cuyo conocimiento le correspondía;

b) El Fiscal del Tribunal, en su concepto para la calificación del sumario, afirma que el doctor Ospina al pedir el sumario al Juez Municipal de La Victoria, a sabiendas de que era comisionado, se excedió en la atribución del artículo 64 y cometió acto arbitrario, consistente en haber hecho caso omiso de las disposiciones que sobre Jueces Comisionados establece el Título IX del Libro I del Código Judicial, aplicables a la instrucción y perfeccionamiento de los sumarios e infringió con ello el artículo 171 del Código Penal;

c) El nombrado Fiscal, en el mismo concepto, afirma que el doctor Ospina, al revocar, a sabiendas de que había sido apelado, el auto de detención dictado por el Juez Penal de Cartago, se arrogó funciones que no le estaban atribuídas en el Capítulo II, Título V, Libro I del Código Judicial, sino que esas funciones eran privativas del Tribunal Superior, violando así el artículo 182 del C. P. sobre usurpación de funciones públicas, y

d) El Procurador Delegado en lo Penal —opuestamente al Fiscal del Tribunal que solicitó auto de proceder por abuso de autoridad y usurpación de funciones— solicita se confirme el sobreseímiento definitivo, fundado en los artículos 45, 64 y 277 del Código de Procedimiento Penal.

IV — Considerandos:

Probados como están los siguientes hechos:

a) Que el Juez de Circuito Penal de Cartago inició la investigación por el delito de falsedad en documentos públicos imputado a los señores Alfonso Aragón y Juan de Dios Vásquez, y que cinco días después de iniciada dictó contra los procesados auto de detención, contra el cual solo el primero interpuso recurso de opelación sin que conste se le haya concedido, y el mismo día envió el sumario al Juez Municipal de La Victoria para que lo perfeccionara;

b) Que —en virtud de solicitud del apelante— el Juez Superior de Buga pidió el sumario tanto al Juez de Circuito Penal de Cartago como al Juez Municipal de La Victoria, y

c) Que el mencionado Juez Superior, recibido el expediente de manos del Juez de La Victoria, en virtud, de auto por éste dictado, continuó la investigación.

Considera la Corte:

a) Corresponde a los Jueces Superiores de Distrito Judicial —conforme al ordinal e) del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal— conocer, con la intervención del Jurado, del delito de falsedad en documentos públicos;

b) Aunque el Juez de Circuito Penal —conforme al artículo 64 del mismo Código— es el Jefe de intrucción en todos los procesos que se adelanten dentro del territorio de su jurisdicción, el Juez Superior —en los delitos cuyo conocimiento le corresponda— puede aprehender directamente la instrucción del sumario o designar el funcionario competente que deba encargarse de la investigación;

c) El uso de la facultad mencionada, sea ante el Juez de Circuito Penal, sea ante el Juez Municipal comisionado no constituye el acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, definido y sancionado por el artículo 171 del Código Penal, ni mucho menos el ejercicio de funciones públicas sin autorización legal (artículo 182), puesto que el doctor Ospina Duque ejercia las de Juez Superior en virtud de nombramiento y posesión, sin que el caracter de interinidad le impusiera limitación alguna;

d) El motivo alegado por el Juez Penal de Cartago para no enviar el sumario al Juez Superior —falta de precisión en el proceso sobre la infrac-

ción cometida, falsedad en documentos públicos, o delitos contra el sufragio— era suficiente para justificar la persistencia del Juez Superior ya que es muy extraño que un Juez que califica provisionalmente un delito en su auto de detención afirme después que la investigación no precisa aún si se trata del delito que fundó la detención o de otro delito distinto que, al no ser sancionado con presidio o prisión, excluye la detención;

e) La revocatoria del auto de detención decretada a solicitud de parte, cuando ya el Juez Superior había aprehendido el conocimiento, no constituye usurpación de jurisdicción ni de funciones, y aunque Aragón apeló de aquel auto, no hay constancia de que se le hubiera concedido, con tanto mayor razón cuanto que fue el mismo apelante quien solicitó — estando pendiente la concesión del recurso o el recurso mismo— que el Juez Superior pidiera el sumario y después que revocara la detención, y

f) Si el hecho imputado al doctor Bernardo Ospina Duque, en su calidad de Juez Superior de Buga no constituye infracción —como no la constituye— es de obligada aplicación el artículo 437 (numeral 1º) del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, confirma el auto del Tribunal Superior de Buga, del 18 de marzo de 1943, por el cual **sobreseyó definitivamente** a favor del doctor Bernardo Ospina Duque, por el delito de abuso de autoridad que se le imputó, en su carácter de Juez Superior del Distrito Judicial de Buga.

Cópiese notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge E. Gutiérrez Anzola (Conjuez) — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello, Secretario.

CARACTERES DIFERENCIALES DEL HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL Y EL IMPERFECTO

I — Es el propósito, claramente establecido, el más importante elemento de diferenciación del homicidio ultraintencional y del homicidio imperfecto (frustrado), pues si en éste fue causar la muerte, en el otro apenas causar lesiones.

II — Cuando el Jurado declara la inexistencia del propósito homicida, no es jurídico sancionar el delito como lesiones que causaron la muerte, pues éllo equivaldría a desconocer el veredicto y a crear, por lo tanto, un motivo de casación de la sentencia.

III — El desacuerdo entre un primer veredicto declarado contrario a la evidencia de los hechos y la sentencia fundada en el segundo veredicto, no es el desacuerdo que motiva la tercera causal de casación, porque no puede haber desacuerdo ni acuerdo entre la sentencia y un veredicto privado de fuerza jurídica.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá abril trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. FRANCISCO BRUNO)

Vistos:

Roberto Mario Bueno Duque interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del 20 de noviembre de 1942, por la cual fue condenado con aplicación de los artículos 17 y 362 del Código Penal, a la pena de cinco años y cuatro meses de presidio, como responsable del delito de homicidio frustrado en la persona de Luis Alfonso Buitrago, cometido en la primera hora de la noche del veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en el Corregimiento de "Dos Quebradas", Municipio de Santa Rosa de Cabal, departamento de Caldas.

Sometido el recurso a las normas procedimentales del caso, y obtenido el concepto del Procurador Delegado, se procede a decidirlo, previa referencia a los hechos, a las actuaciones judiciales y a las tesis presentadas tanto por el Procurador como por el mismo recurrente.

I — El delito y sus modalidades

El Procurador Delegado —en su concepto— resume los hechos en la forma siguiente, que la Sala acoge.

"En las primeras horas de la noche del día veintiuno de junio de 1941, en la región de "Frailes" del Municipio de Santa Rosa de Cabal, se hallaban varias personas libando licor en la cantina de Pedro Valencia.

"Luis Alfonso Buitrago y Roberto Mario Bueno tuvieron allí un disgusto, porque el primero no quiso continuar tomando licor con el último. Bueno ofendió a Buitrago con expresiones graves como la de "hijo de puta", por lo cual éste reaccionó dándole a aquél una bofetada.

"Bueno entonces esgrimió una peinilla que portaba, y la intervención de los compañeros consiguió el desarme de Bueno. Con todo viéndose desarmado y ofendido por la trompada, se retiró del establecimiento con dirección a su casa, pero lanzando estas amenazas: "me voy para la casa a traer un revólver o una escopeta para ese "hijo de puta", refiriéndose a Buitrago.

"Efectivamente, al poco rato regresó con una escopeta y, colocándose desde la calle apostado a una cerca de alambre, desde allí martilló tres veces su escopeta tendida hacia Buitrago, hasta que el arma dio fuego y dos de sus proyectiles fueron a hacer blanco en el rostro de Buitrago, quien estaba desprevenido. Un balín se le incrustó superficialmente en la mejilla izquierda y otro que penetró más en la región frontal del mismo lado.

"En vista de este suceso, los presentes en la cantina se encerraron. Bueno salió corriendo hacia su casa, pero luégo regresó con su padre y empezó a desafiar a los que estaban encerrados, especialmente al herido Buitrago y a Octavio López, persona ésta que le había quitado la peinilla a Bueno al iniciarse los hechos".

II — Desarrollo del proceso

Como etapas del proceso, cuya referencia es necesaria para la mayor claridad del estudio que

rresponde a la Corte, se anotan las siguientes:

a) El auto de proceder, en el cual se dejó consncia del propósito de Bueno de dar muerte a ıitrago y de la figura de tentativa de homicidio ıputada al primero;

b) El veredicto del primer jurado, al cual se 'opusieron el hecho material (el disparo y las siones), el propósito, la mala calidad de los meos empleados para causar la muerte, la premetación acompañada de motivos innobles o bas y las condiciones de indefensión e inferioriad de la víctima, veredicto que no fue declarado ntrario a la evidencia por la no aceptación del ropósito;

c) El veredicto del segundo jurado, que aceptó ıs primeras tres cuestiones y negó las demás, eferentes al asesinato;

d) La sentencia de primer grado, por la cual ueno Duque fue condenado —con aplicación de ɔs artículos 16 y 362 del estatuto penal— a la pea de cuatro años de presidio, por el delito de omicidio imperfecto, (tentativa), y

e) La sentencia de segundo grado, que modificó a de primera, en cuanto —con aplicación de los rtículos 17 y 362— aumentó la pena a cinco años cuatro meses de presidio, pero considerando el elito como homicidio frustrado.

III — La demanda y las objeciones del Procurador

El recurrente —en su demanda de casación, que e acepta en virtud del criterio de amplitud aplicado a estos memoriales redactados sin la técnica ue exige este recurso—alegó las causales primera, tercera cuarta y séptima del artículo 567 del statuto procesal penal, y que fundó, más o menos en las siguientes razones, que la Corte deentraña:

a) Hubo violación de la ley penal par cuanto se plicaron las normas del homicidio a un delito e lesiones personales, ya que el recurrente, — or el estado de embriaguez— no tuvo el propóito de dar muerte a Buitrago;

b) La sentencia no está en consonancia con los argos formulados en el auto de proceder por la isma razón y porque en la sentencia se sancionó n delito no referido en aquel auto:

c) La sentencia se dictó sobre un juicio viciado e nulidad, por las mismas razones, y

d) El veredicto es contradictorio, porque ha ebido dictarse la sentencia sobre el primero y o sobre el segundo.

El Procurador —en su concepto— analiza separadamente cada una de las causales propuestas por Bueno, especialmente en cuanto a la inexistencia del propósito homicida que el recurrente alega como fundamento de casi todos los motivos de casación propuestos, propósito que conforme a los datos acreditados en la causa está plenamente probado, y solicita, en la parte final de su concepto, no se invalide la sentencia.

IV — Estudio de las causales

El recurrente —se repite— impugna la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, por los motivos que determinan los numerales 1º, 3º, 4º y 7º, y del artículo 567 del estatuto procesal penal, que la Corte estudia en seguida —separadamente— no obstante la analogía de razones en que funda cada una de las causales alegadas.

a) Violación de la ley penal

Bueno Duque supone que hubo errada interpretación o indebida aplicación de la Ley Penal, por cuanto no tuvo el propósito de dar muerte a Buitrago y éste fué víctima de lesiones personales que apenas le produjeron una incapacidad de trece días; el problema, pues, reside en la existencia o inexistencia del propósito homicida, que el Jurado declaró probado en su segundo veredicto.

El Tribunal habría sancionado el delito de lesiones personales, en vez del homicidio imperfecto, si el propósito de dar muerte no apareciera tan claro en el proceso, y que los testigos presenciales afirman inequívocamente.

Entre los hechos —que aquéllos revelan con la mayor precisión— sobre el propósito, pueden enumerarse los siguientes:

a) La contienda entre Bueno y Buitrago, provocada por la injuria de aquél, contestada con un bofetón, y el intento de Bueno de atacar a Buitrago con machete, impedido por sus compañeros;

b) La amenaza —momentos después cumplida— de ir a su casa y traer un revólver o escopeta para dar muerte a Buitrago;

c) El disparo que, con la escopeta, hizo Bueno contra Buitrago, desde afuera de la tienda de Pedro Valencia, y que le produjo las lesiones certificadas por los médicos-legistas;

d) La fuga e inmediato regreso de Bueno, acompañado de su padre y hermano, al sitio donde aquél agredió a Buitrago, a provocar e injuriar a quienes allí estaban; y

e) La confesión hecha por Bueno ante el funcionario instructor de haber sido él y no otro, el autor del delito.

Probado así el propósito y aceptado por los Jueces de hecho, no podía el fallador desecharlo; y por eso, cuando se negó en el primer veredicto, Juez y Tribunal hubieron de convocar a nuevo Jurado, en virtud de la contradicción entre esa parte del veredicto y los hechos acreditados en el proceso.

b) El desacuerdo con el auto de proceder y con el veredicto

No son bien claras las objeciones que hace el recurrente para fundar la causal tercera, pero entre ellas sugiere una que —aunque ilógica— conviene analizar: la oposición entre la sentencia y el primer veredicto.

El Tribunal estaba inhibido para fundar su sentencia en este primer veredicto, ya que —precisamente el haberse negado el propósito de dar muerte— originó la declaración de contradicción con los hechos y la convocatoria de nuevo jurado, con tanto mayor razón cuanto que —en virtud del artículo 537 del estatuto procesal penal— el nuevo veredicto, fundado o no fundado, tiene carácter de definitivo y el Tribunal estaba obligado a acogerlo en su integridad.

Tampoco hay desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, pues si el Juez calificó el delito como tentativa de homicidio, el Tribunal —al confirmar aquel auto— modificó la calificación y adoptó la de homicidio frustrado que sostuvo en la sentencia, y ya con el respaldo de los jueces de hecho quienes, en la respuesta al tercer cuestionario, precisaron la figura del delito.

c) La nulidad por violación de la ley

No explica el recurrente cuáles son las razones que lo llevaron a sostener la cuarta causal o sea la de que la sentencia fue dictada sobre un juicio viciado de nulidad procesal, y como apenas se limita a decir que son las mismas en que fundó la primera, la Corte —por cuanto ya fueron analizadas— se abstiene de repetir o extender lo dicho.

Las causales de nulidad procesal —además— son taxativas, y en cuanto a nulidad sustancial, no hay materia que induzca a la Corte a hacer un estudio a fondo sobre violación de la norma constitucional, ya que a Bueno Duque se le proporcionaron y garantizaron, ampliamente, todos sus derechos a la defensa.

d) El veredicto contradictorio

No es pertinente la objeción hecha a la sentencia según la cual fue dictada sobre un veredicto evidentemente contradictorio; la causal no consiste —como lo supone el recurrente— en la contradicción entre el primer veredicto declarado opuesto a los hechos acreditados en el proceso, y el segundo, que es definitivo, sino en la que puede surgir entre los diversos cuestionarios propuestos al jurado y por éste afirmativamente contestados, como el caso —aquí mismo sucedido— del primer veredicto, uno de cuyos cuestionarios, el del propósito, fue negado, y otro, el de la indoneidad del arma, afirmado.

V — Decisión del recurso

Del anterior estudio se concluye que el recurrente no comprobó ninguna de las causales invocadas y que, por lo tanto, el recurso no puede prosperar.

En consecuencia la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de lo República y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal.

Resuelve:

a) Declarar que el recurrente no fundó ninguna de las causales de casación invocadas en su demanda, y

b) No invalidar —como no invalida— la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por la cual condenó a **Roberto Mario Bueno Duque** a la pena de cinco años y cuatro meses de presidio, por el delito de homicidio imperfecto en la persona de Luis Alfonso Buitrago.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello, Secretario.

NOCION DE LA ENFERMEDAD, LA DESFIGURACION Y LA PERTURBACION EN EL DELITO DE LESIONES

I.—La ley penal sanciona el delito de lesiones personales en atención a la especie de daño causado y a su duración, principio éste de que deriva la clasificación tripartita de enfermedad o incapacidad para el trabajo, deformidad física o desfiguración facial y perturbación funcional, transitorias o permanentes.

II.—La incapacidad o enfermedad, la deformidad o desfiguración y la perturbación funcional pueden coexistir o tener la misma duración, en cuyo caso se impone la sanción más grave, esto es, la que corresponde a la desfiguración o a la perturbación, sin que su desaparición las asimile, por su duración, a la enfermedad o incapacidad.

III.—La pérdida de dientes es lesión que produce desfiguración facial reparable y perturbación funcional transitoria del órgano de la masticación, y la implantación de dientes artificiales no quita a la pérdida de los naturales su carácter de desfiguración facial y perturbación funcional transitorias.

IV.—La noción de órgano se explica por la función que ejerce, y su perturbación puede ser total o parcial.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, abril catorce de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Gerardo Andrade Erazo interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, del 14 de septiembre de 1943, que le impuso —con aplicación de los artículos 374 (inciso 1º) y 384 del estatuto penal— la pena de un año de presidio por el delito de lesiones personales en riña imprevista en la persona de Laurentino Ramírez, cometido en la ciudad de Popayán en la noche del 4 de julio de 1941, lesiones consistentes en la pérdida de cuatro dientes superiores causada por un golpe de machete y que el Tribunal sancionó como desfiguración facial y perturbación funcional, una y otra transitorias.

Cumplidas las normas procedimentales del caso, y obtenido el concepto del Procurador Delegado —quien pide no se case la sentencia— la Corte, en el presente fallo, decide el recurso propuesto.

El recurrente invoca las causales primera y segunda, ésta como principal y aquélla como consecuencial, del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, fundadas —respectivamente— en las siguientes razones que la Corte resume:

a) El Tribunal —en su sentencia— apreció erradamente el último dictamen médico-legal, según el cual la perturbación funcional y la deformidad física desaparecieron mediante prótesis dental (implantación de dientes artificiales), y

b) El Tribunal, en la misma sentencia, por causa de aquella apreciación errada, violó la ley penal, al aplicar el artículo 374 en vez del artículo 372 del Código Penal.

I.—Pericias médico-legales

Como el problema planteado por el recurrente gira en torno a las pericias médico-legales, se transcriben en seguida a título de premisa de la decisión del recurso.

Primer dictamen (junio 6 de 1941): Laurentino Ramírez Caicedo ha sufrido una violenta contusión sobre la boca, que le ocasionó la pérdida de cuatro dientes superiores.

"Con tratamiento oportuno y adecuado, le fijamos una incapacidad provisional para trabajar, de ocho días, quedándole como consecuencia, una perturbación funcional levísima y transitoria, la cual le durará mientras sea tratado por medio de prótesis dentaria".

Segundo dictamen (julio 22 de 1941): "Reconocido nuevamente, el ofendido Laurentino Ramírez, a quien como incapacidad definitiva para trabajar le fijamos la de ocho días. La perturbación funcional que le anotamos en nuestro anterior reconocimiento no ha desaparecido, además de constituír la lesión dentaria una deformidad física levísima reparable".

Tercer dictamen (marzo 11 de 1942): "Informámosle haber reconocido nuevamente al ofendido Laurentino Ramírez, a quien aún no le han des-

aparecido las consecuencias que le anotamos en nuestros reconocimientos del año pasado. Advertimos al señor Comisario que tal consecuencia persistirá hasta tanto el ofendido se someta al tratamiento debido (prótesis dentaria)".

Cuarto dictamen (marzo 15 de 1945): Este dictamen, solicitado durante el término de prueba del juicio, dice lo siguiente: "El ofendido Ramírez actualmente ha reparado su **perturbación funcional y su deformidad física** con cuatro dientes postizos, y, para nuestro criterio conceptuamos que de esa manera **han desaparecido**, tanto la una como la otra".

III.—Errada apreciación del último dictamen

La cuestión que la Corte debe decidir es si la desfiguración facial transitoria por causa de la pérdida de los dientes naturales y la perturbación funcional transitoria de la masticación por la mencionada pérdida coinciden con los elementos de la infracción prevista y sancionada por el artículo 372 —como lo afirma el recurrente— o por el artículo 374, como se afirma en la sentencia.

La ley penal sanciona el delito de lesiones personales en consideración al daño causado y a su duración; de aquí la clasificación tripartita, en cuanto a las lesiones transitorias —de enfermedad o incapacidad para trabajar, desfiguración facial o deformidad física reparable, y perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro.

Ramírez Caicedo, según los médicos legistas de Bogotá y Popayán —sufrió, por causa del golpe que le dio Andrade Erazo— una desfiguración facial reparable y una perturbación funcional transitoria de los actos de la masticación; objeta Andrade Erazo que —desaparecidas ambas antes de dictar sentencia— no podía el Tribunal dictar sentencia condenatoria sobre hechos o realidades ya inexistentes, sino únicamente sobre el tiempo de incapacidad para trabajar.

No podía influír en la sentencia —arguye la Corte— la desaparición de la desfiguración y de la perturbación, porque el hecho de haber desaparecido con posterioridad a la causa que las produjo, es lo que precisamente les da carácter de reparable a la primera y de transitoria a la segunda, en relación con las permanentes e irreparables.

La desfiguración y perturbación se prolongaron —según el lapso de tiempo transcurrido entre el día de la infracción y el tercer dictamen rendido tres meses antes del auto de proceder— por un año aproximadamente, y sólo al cabo de dos años los médicos legistas confirmaron su desaparición. Lo transitorio de la perturbación funcional y lo reparable de la desfiguración facial —por lo tanto— tuvieron una vigencia que no podía confundirse con la enfermedad o la incapacidad para el trabajo.

Sobre lo reparable de la una y lo transitorio de la otra, no puede haber discrepancia; tampoco puede haberla sobre su confusión con la incapacidad o con la enfermedad porque éstas tuvieron menor duración que aquéllas; ni la desfiguración ni la perturbación funcional —una y otra consecuencias de la pérdida de los dientes— constituyen en sí incapacidad para el trabajo; lo que en este caso, pudo haberla producido, fue la lesión derivada del traumatismo (contusión) que—como se sabe— debió de ser una equimosis, a lo cual los médicos legistas no hicieron referencia expresa.

Pueden coexistir por lo tanto —sin que la coexistencia implique confusión— la incapacidad, la desfiguración facial y la perturbación funcional; y así como el tiempo de incapacidad puede ser igual al de las otras, puede serlo menor—como en el presente caso—en que la desfiguración y la perturbación tuvieron una duración mayor—nueve meses aproximadamente—y como pueden serlo más.

El recurrente explica el prolongamiento o duración, por su incapacidad económica para proveer al pago oportuno de la prétesis dental; pero ello —objeta la Corte— no elimina los elementos constitutivos de la infracción, es decir, la transitoriedad de la perturbación y la reparabilidad de la desfiguración, porque lo transitorio y lo reparable no están subordinados —en su duración— a límite preciso alguno, y sólo dejan de serlo cuando desaparecen por causas naturales, o artificiales (como en este caso), o se convierten en permanentes e irreparables.

El otro aspecto del problema —que obligadamente incide en la determinación de la norma penal aplicable— es el de si la pérdida de los dientes constituye perturbación funcional de un órgano, como lo ha aceptado el Tribunal al sancionar la infracción de Andrés Erazo con la pena del artículo 374.

Fisiológicamente la noción de órgano se explica por la función a él atribuída, y ambos guardan

tre sí tal conexión, que no se concibe la segun-
a sin el primero. Los dientes son parte de la
oca y como tales realizan la trituración de los
imentos, parte ésta, a su vez, de la masticación,
ésta de la digestión, y todas ellas, de la nutri-
ón;tomadas estas funciones y sus órganos, en su
utua y armónica relación hacia un fin determi-
ado, y considerados en cuanto a este fin, la le-
ón es tanto más grave o tanto menos grave,
anto más o menos importante es la función que
esempeñan en la fisiología.

Localizada la lesión en el órgano de la masti-
ación que integran los labios, el paladar, la
ngua, los maxilares, los dientes y los masete-
os— bien puede afectarlo en su totalidad o en
guna de sus mencionadas secciones, en los dien-
es por ejemplo, y entonces hay perturbación fun-
onal del órgano, la cual rige el criterio de la
ena.

Respalda lo anterior el concepto de la Oficina
entral de Medicina Legal, solicitado durante el
érmino probatorio del juicio, y que dice textual-
ente:

"El defensor del agresor solicita que la Oficina
Iédico Legal de Bogotá dictamine si la pérdida
e los cuatro dientes constituye una perturbación
una deformidad física levísima reparable.

"Desde el punto de vista médico-legal hallamos
ndado el concepto de aquella Oficina, pero ob-
ervamos que para ajustar el dictamen a la ter-
inología del nuevo Código Penal debe calificar-
e la pérdida de los cuatro dientes como **desfigu-
ación facial transitoria. Hay desfiguración facial
orque la pérdida de los dientes altera la armo-
ía del conjunto de la cara, lo cual sirve de base
l concepto de desfiguración, y es transitoria por-
ue la implantación de las piezas dentarias corri-
en** el defecto estético a que nos referimos.

"Por la misma pérdida de los dientes se produ-
e **una perturbación funcional de los actos de la
asticación.**

"Por último como las denominaciones de grave,
eve y levísima han desaparecido de la ley penal,
l caso a que nos referimos es **simplemente de
esfiguración facial transitoria y de perturbación
uncional también transitoria.**

Se concluye, lógicamente, que no hubo errada
preciación del último dictamen médico-legal y
ue, por lo tanto, el recurrente no probó la se-
unda causal de casación indicada.

III—Violación de la ley penal

Afirma el recurrente que el Tribunal, en su sentencia, violó la ley penal, porque —en atención a la alegada apreciación del dictamen médico-legal ha debido aplicarle el artículo 372 en vez del artículo 374, es decir, fijar la pena con el criterio de la incapacidad y no con los de la desfiguración facial y de la perturbación funcional.

Además de lo expuesto al estudiar la segunda causal de casación, la Corte añade que —conforme al artículo 377 del estatuto penal— "cuando además de la enfermedad o incapacidad las lesiones produzcan alguno o algunos de los resultados a que se refieren los artículos anteriores (es decir la desfiguración o la perturbación funcional), solamente se impondrá la pena más grave"; doctrina ésta ya afirmada en sentencias mediante las cuales se ha decidido y en los cuales el recurrente presentó tesis idéntica a la presentada por el recurrente Andrés Erazo.

Tampoco —en consecuencia— prospera la causal primera invocada.

IV—Decisión del recurso

Del estudio que acaba de hacerse se derivan las siguientes conclusiones:

a) Que es jurídica la apreciación que el Tribunal en su sentencia, hizo del dictamen médico-legal sobre la existencia de la desfiguración facial y de la perturbación funcional, y

b) Que no incurrió en violación de la ley, al aplicar los artículos 374 (inciso 1º) y 377 del estatuto penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de conformidad con la petición del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, que impuso a Gerardo Andrade Erazo la pena de un año de presidio por el delito de lesiones personales en Laurentino Ramírez, cometido en la ciudad de Popayán la noche del cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y uno.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre—Jorge Gutiérrez Gómez—Ricardo Jordán Jiménez—José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello, Secretario en ppdad.

EL ABUSO DE AUTORIDAD EN LA FIGURA DEL ARTICULO 171 DEL ESTATUTO PENAL

Para que el abuso de autoridad, en la modalidad del artículo 171 del estatuto penal, sea sancionable, se requiere la existencia de los siguientes elementos:

a) Que sea cometido por funcionario o empleado público;

b) Que el acto no esté especialmente previsto como delito en otra disposición legal;

c) Que sea ejecutado por causa de sus funciones o excediéndose en su ejercicio;

d) Que el acto sea arbitrario o injusto, y

e) Que, siéndolo, sea ejecutado en perjuicio de una persona o de una propiedad.

Si al acto, pues, le falta alguno de estos elementos, no puede considerarse como abuso de autoridad en la figura o especie del artículo 171, y no es, por consiguiente, punible.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia —mediante esta sentencia— decide definitivamente sobre la acción penal que contra el ingeniero doctor Alberto Jaramillo Sánchez, fue aquí iniciada en virtud de denuncio del señor Luis A. Muñoz y Vieira, Juez 1º Civil del Municipio de Medellín, por el delito de prevaricato, cometido —en ejercicio de sus funciones de Gobernador del Departamento de Antioquia — el día cinco de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

Abierta causa criminal contra el doctor Jaramillo Sánchez en auto de once de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, no por prevaricato sino por abuso de autoridad, en desacuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien en su concepto sobre calificación del sumario, solicitó sobreseimiento definitivo, y cumplidas estrictamente las normas propias del juicio, la Corte procede —en cumplimiento del artículo 479 del Código de Procedimiento Penal— a dictar su fallo en la forma prescrita por el artículo 159 del mismo Código.

I—Resumen de los hechos

El día 2 de abril de 1937 la señora María del Rosario Gómez demandó, en acción posesoria, ante el Juez Municipal de Medellín, al señor Alejo Santamaría, demanda que correspondió —en el reparto— al Juez 1º, desempeñado entonces por el señor Luis A. Muñoz y Vieira, quien —según constancias del proceso— profesa ideas comunistas y, por tal razón, franca animadversión contra gentes acomodadas, especialmente contra los Santamaría.

Al contestar el traslado de la demanda, el señor Santamaría propuso la excepción de prescripción, y solicitó, además, se abriera a prueba el juicio; pero el Juez Muñoz y Vieira dictó sentencia en favor de la demandante sin considerar la excepción propuesta, y de la cual apeló el demandado. Este sostuvo su recurso ante el Juez de Circuito Civil, mediante alegato redactado por los abogados doctores Ochoa y González, y en el que —como era lógico tratándose de un recurso— se glosaba la actuación del Juez Muñoz y Vieira.

Conviene, para mayor ilustración, transcribir algunas de las partes del alegato, ya que los conceptos en él emitidos fueron la causa inmediata de la posterior actuación del Juez señor Muñoz y Vieira, y mediata de la intervención del Gobernador doctor Jaramillo Sánchez, que el denunciante calificó de prevaricato y de abuso de autoridad.

"De manera muy atenta —dijo en su alegato de segunda instancia el señor Santamaría — y echando a un lado, en lo posible, la mala impresión que en todo ánimo desprevenido causan los fallos en justicia, cuando ellos se dictan por jueces prevenidos y que, parece, hacen en los procesos, no el papel de verdaderos jueces, sino el de partes en el debate, vengo a sostener ante usted la eficacia del recurso de apelación.

"Mala impresión hizo en mí el hecho de saber que quien, en primera instancia, había de fallar

el juicio, estuviese, según el decir de todos, afiliado a los que profesan las ideas extremistas, desconociendo el derecho de propiedad, etc., y esa mala impresión subió de punto cuando en los principios de la actuación el Juez se expresó en estos o parecidos términos: 'Siempre verán a los Santamaría atentando contra los derechos de los pobres'; pero me consolaba el pensamiento de que ese Juez iba a obrar bajo la presión de un juramento y que sabría ponerse por encima de sus ideas. Al expresarme como lo hago, no es mi ánimo faltar al respeto al Juez **a quo**, ni siquiera mortificarlo; es que en los debates judiciales se hace preciso penetrar en la esencia de las cosas sin omitir las circunstancias que traten de alterar por medios lícitos o ilícitos esa esencia".

El Juez 2º Civil del Circuito, en el mes de octubre de 1937, después de analizar y apreciar las pruebas del juicio y las razones del recurrente, decidió el recurso en la forma siguiente:

"Por lo que se deja dicho, se volverá el negocio al Juzgado de primera instancia para que profiriera un fallo no deficiente. Esta devolución del expediente, que la insinúa el apelante en su alegación en esta instancia, alegato que se comentará en otra oportunidad si la hubiere, por las razones que se dejan expuestas, demuestran que no hay tal "ignorancia agresiva" en aquella pretensión del demandado, como lo dice el abogado de la parte actora. Por tanto, el Juzgado administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve: Vuelva este negocio al señor Juez 1º Municipal, para que profiera una sentencia no deficiente, o sea, en armonía con las pretensiones que en la litis contestación dedujeran las partes, según se deja explicado en el cuerpo de este proveído".

Dictado el auto de cumplimiento de este fallo el 29 de octubre de 1937, cinco días después —el 2 de noviembre— el Juez señor Muñoz y Vieira, dictó el siguiente auto:

"Don Alejo Santamaría R., se expresa en el memorial que obra a folio 43 del presente juicio en términos calumniosos, oprobiosos e injuriosos contra el suscrito Juez, con motivo de sus actuaciones en tal juicio, y como esto constituye una falta de respeto y de acatamiento a sus disposiciones resuelve:

"Impónese al señor don Alejo Santamaría R. veinticuatro horas de arresto que sufrirá en la Cárcel de Varones de esta ciudad, por haber infringido el ordinal 5º del artículo 119 del C. J. en armonía con el artículo 309 de la Ley 4ª de 1913. Notifíquese personalmente esta providencia y una vez ejecutoriada póngase al penado a cumplir el castigo".

Al día siguiente —3 de noviembre de 1937— se notificó esta providencia al señor Santamaría, cuya reposición, solicitada dos días después, sólo fue resuelta, pero negativamente, diez meses después; interpuesta apelación el 2 de agosto de 1938 al serle notificado el auto que negó la reposición, el Juez señor Muñoz y Vieira le negó el otro recurso, y el día 4, por medio de uno de los empleados del Juzgado, lo envió a la Cárcel de Varones, con la siguiente nota al Director: "Sírvase retener en ese establecimiento al señor Alejo Santamaría R., por el término de veinticuatro horas, a que ha sido condenado por este Despacho. La ración es de cargo del Municipio. Esta orden surte sus efectos desde hoy a las cuatro p. m."

En las primeras horas de la noche del mismo 4 de agosto de 1938, distinguidos ciudadanos de Medellín, entre ellos el doctor Alfonso Uribe Misas, solicitaron la intervención del Gobernador para impedir se consumara el acto —que ellos calificaron delictuoso— del Juez señor Muñoz y Vieira; el Gobernador doctor Jaramillo Sánchez, después de estudiar los aspectos del problema, envió al Director de la Cárcel, una nota, que textualmente decía:

"Medellín, 4 de agosto de 1938—Señor Director de la Cárcel—El suscrito **ha resuelto suspender temporalmente** —subraya la Sala— la órden de detención contra el señor Alejo Santamaría, dada por el Juez 1º Municipal doctor Luis A. Muñoz Vieira. En consecuencia ruego a usted ponerlo en libertad.—Me suscribo de usted atto. S. S.—**A. Jaramillo S.**, Gobernador".

Libertado el señor Santamaría, no por el Director de la Cárcel, sino por el Oficial de Guardia, el señor Muñoz y Vieira presentó —en memorial del 9 de agosto de 1938 y recibido aquí el 20 de septiembre— ante la Corte, denuncio criminal contra el Gobernador doctor Alberto Jaramillo Sánchez, por el delito de prevaricato (Artículo 168, C. P.).

II — RESULTANDOS

A) Hechos o premisas de la sentencia

La Sala estima que se han probado los siguientes hechos:

a) La señora María del Rosario Gómez —en

abril de 1937— demandó al señor Alejo Santamaría en juicio posesorio ante el Juez 1º Civil Municipal de Medellín, señor Luis A. Muñoz y Vieira, quien falló a favor de las pretensiones de la demandante, omitiendo en la sentencia el estudio de la excepción de la prescripción alegada por el demandado;

b) Apelada la sentencia, el apelante sostuvo el recurso en un memorial en que hace alusión al credo político extremista del Juez señor Muñoz y Vieira y a su parcialidad contra el demandado, y el Juez 2º del Circuito Civil consideró que la sentencia de primer grado era deficiente y ordenó devolver el negocio para que se dictara sentencia "no deficiente", es decir, en consideración a las pretensiones de las partes;

c) Ordenado el cumplimiento de la providencia de segundo grado, el 29 de octubre de 1937, el Juez Municipal señor Muñoz y Vieira —cinco días después— dictó un auto por el cual impuso al señor Alejo Santamaría la pena de veinticuatro horas de arresto por las frases que —consideradas calumniosas, injuriosas y oprobiosas— aquél había escrito en el memorial de apelación ante el Juez 2º del Circuito Civil;

d) Solicitada reposición el 5 de noviembre de 1937, tres días después de dictado el auto, el Juez Muñoz y V. la negó nueve meses después, y como también negara la apelación, el día 4 de agosto de 1937 hizo aprehender al señor Santamaría y lo envió a la Cárcel del Distrito Judicial, y

e) El Gobernador doctor Jaramillo Sánchez, en las primeras horas de la noche del mismo 4 de agosto, resolvió "suspender temporalmente" la orden de detención del señor Santamaría, y en nota al Director de la Cárcel le "rogó lo pusiera en libertad", lo que cumplió el Jefe de Guardia de aquel establecimiento.

B) Personalidad del procesado

En el proceso fueron acreditados los siguientes hechos relativos a la personalidad del doctor Alberto Jaramillo Sánchez:

a) El doctor Alberto Jaramillo Sánchez, de cuarenta y cuatro años de edad, casado, nació en la población de Santa Rosa de Osos, es Ingeniero graduado en la Escuela de Minas de la Universidad de Antioquia, y ha ejercido altos cargos administrativos, como Gobernador en dos ocasiones, Ministro Diplomático y Presidente de la Industria Nacional Colombiana, y

b) El doctor Jaramillo Sánchez jamás ha si procesado por delito alguno, en época anterior la en que cometió la infracción que dio origen la presente causa.

C) Conclusiones de las partes

Las partes en sus respectivos escritos, expusi ron las siguientes tesis o conclusiones:

a) El Juez denunciante señor Muñoz y Vieir la de que el Gobernador doctor Jaramillo Sá chez cometió —al ordenar, sin ser la autorida que impuso la pena, la libertad del señor Sant maría— el delito de prevaricato (artículo 168, P.), por cuanto lo hizo "en obedecimiento a sin patías que lo ligaban al penado";

b) El Procurador Delegado en lo Penal —e oposición y desacuerdo con lo expuesto en el au de proceder— la de que el Gobernador procesad cometió un acto arbitrario, pero no en contra una persona o de una propiedad, sino en favor d detenido señor Santamaría, acto que —por un va cío en la legislación penal— no es punible; y

c) El procesado y su defensor, la de que el Go bernador doctor Jaramillo Sánchez, procedió c buena fe, a solicitud del doctor Alfonso Uribe M sas, con el fin de **"suspender temporalmente"** l ejecución de un acto arbitrario, ilegal e inconst tucional, cometido por el Juez señor Muñoz Vieira", y "con el fin —como lo afirmó el proce sado en su indagatoria— de que en un ambient de serenidad y de justicia y con todas las garan tías legales, se resolviera ese asunto".

III — CONSIDERANDOS

Se analizan en seguida, en secciones separada los fundamentos jurídicos de la calificación de lo hechos, de la imputación hecha al procesado y de fallo.

A) Calificación jurídica de los hechos (delito)

Llamado a juicio el Gobernador doctor Jaram llo Sánchez, por el delito de abuso de autorida definido y sancionado en el artículo 171 del esta tuto penal, la Corte procede a estudiar si la reso lución de suspender temporalmente la orden d Juez y el ruego —hecho al Director de la Cá cel— para que el señor Santamaría fuera puest en libertad, constituyen la infracción imputada

"El funcionario o empleado público —estatuy el mencionado artículo 171— que, fuera de lo casos especialmente previstos como delitos, co ocasión de sus funciones o excediéndose en ejercicio de ellos, cometa o haga cometer acto a

bitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo, y en multa de diez a quinientos pesos".

Para que el abuso de autoridad —en la modalidad de aquel artículo— sea punible, se requieren, pues, los siguientes elementos:

a) Que sea cometido por funcionario o empleado público;

b) Que el acto no esté especialmente previsto como delito en otra disposición legal;

c) Que sea ejecutado por causa de funciones o excediéndose en su ejercicio;

d) Que el acto sea arbitrario o injusto, y

e) Que, siéndolo, sea ejecutado en perjuicio de una persona o propiedad.

Si al acto, pues, le falta alguno de estos elementos, no puede considerarse como abuso de autoridad en la modalidad del artículo 171, y no es, por consiguiente punible.

Aplicada esta conclusión al caso especial del doctor Jaramillo Sánchez, se observa lo siguiente: era funcionario público cuando suspendió temporalmente la orden del Juez, su acto no está previsto especialmente como delito en otra disposición penal, fue cometido excediéndose en el ejercicio de sus funciones, pudo ser —en su acepción genérica— arbitrario, pero no lesionó bien jurídico alguno personal o material, y sí — en cambio — protegió, aunque en forma ilegal, la libertad de un ciudadano, atacada —según el Gobernador procesado— mediante un acto que éste, de buena fe, consideró arbitrario, ilegal e inconstitucional.

A esta tesis se ha opuesto otra —que, si muy respetable, no armoniza con el contenido jurídico de la norma penal. Según esta tesis, expuesta por la Corte anterior en el auto de proceder, con salvamento de voto del Magistrado doctor Aguirre, el artículo 171 es susceptible de una obligada separación de términos, y el acto, para que constituya el abuso punible, es de dos maneras: primera, acto arbitrario, y segundo, acto injusto en perjuicio de intereses privados, tesis que —en atención a la inequivalencia de los adjetivos "arbitrario" e "injusto" explican, más o menos en la forma siguiente: el acto arbitrario, sea o no intencional y cause o no perjuicios, es siempre contrario a la norma positiva y constituye abuso de autoridad; y el acto injusto, que puede no ser contrario a derecho escrito, sólo lo es cuando lesiona intereses privados.

Esta interpretación—como ya se dijo—no coincide con el contenido jurídico del artículo 171, por las razones que en seguida se expresan.

Lo **arbitrario** es lo que incluye **arbitrariedad**, y **arbitrariedad** es acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.

Injusto es lo que no es **justo**, y **justo** es el acto que se ejecuta según justicia o razón y lo que es arreglado a las leyes y a la equidad natural.

Hay —pues— actos arbitrarios, como también actos injustos, que son contrarios a la razón, a la equidad y a la justicia, pero que no lo son a las leyes, y hay actos, arbitrarios o injustos, que son contrarios a aquéllos; en estos casos, como se ve, hay analogía entre lo arbitrario y lo injusto, no sólo en cuanto pueden ser contrarios a la razón y a la justicia, abstractamente considerados, sino en cuanto pueden serlo a las leyes, concretamente considerados; y sólo difieren en que el acto arbitrario, según la acepción académica, puede proceder del capricho o voluntad del agente, sin que ello implique que el acto injusto no pueda tener la misma procedencia.

Con el punto de vista académico anteriormente expuesto, coincide el punto de vista gramatical-jurídico que en seguida se anuncia.

La ley penal sanciona "el acto arbitrario o injusto contra una persona o una propiedad", con multa y privación del empleo —dice el artículo 171— y no el acto arbitrario o el acto injusto en sí mismos, independientemente de las personas o las cosas. Y la razón —como se expresa en seguida— es obvia.

La frase "contra una persona o una propiedad" no es explicativa, es decir, no expresa una idea comprendida en el significado de lo arbitrario o de lo injusto, porque un acto puede ser arbitrario o injusto sin que lesione intereses privados; es frase especificativa, porque —suprimida— varía o modifica el significado que al acto arbitrario o injusto quiso darle el legislador. Frase explicativa: acto arbitrario o injusto, (que se comete o hace cometer) contra una persona o una propiedad; frase especificativa: acto arbitrario o injusto (que se comete o hace cometer) contra una persona o una propiedad. La coma, puesta después del adjetivo **injusto**, en la primera frase, significa que el ser cometido el acto contra persona o propiedad es constitutivo del acto, y si el signo ortográfico no existe —como es la norma del artículo 171— significa que el ser el acto lesivo de

intereses privados implica el nuevo atributo que le da la ley, independiente de los demás que lo constituyan.

De la misma manera, y con la misma lógica, hay diferencia entre la frase "acto arbitrario, o injusto contra una persona o una propiedad" (con coma después de **arbitrario**) y la misma frase sin la coma; en el primer caso —que no es el del artículo 171— el acto arbitrario sería punible aunque no se cometiera contra personas o propiedades, y el injusto solamente cuando atentara contra éstas; pero eliminada la coma, tanto el acto arbitrario como el injusto son punibles sólo cuando se cumple el requisito de la lesión de intereses privados.

Esta tesis es tanto más lógica cuanto que el acto —conforme a la primera parte del artículo 168—, cuando apenas es contrario a la ley y manifiestamente injusto, sin causar daño a personas o propiedades, podría configurar el prevaricato pero no el abuso de autoridad; lo que lleva a esta otra tesis: que el legislador —en la fórmula del artículo 171— equiparó lo arbitrario a lo injusto en relación con el daño en intereses privados, y esto como se verá en seguida —coincide con el criterio que ha informado la legislación penal colombiana, según el cual el acto arbitrario constituye abuso de autoridad solamente en el caso de que produzca daño en personas o cosas.

Los Códigos de 1837 (artículos 588 y 579) y 1890 (artículos 552 y 553) sancionaban dos especies de abuso de autoridad: el cometer o hacer cometer alguna violencia injusta contra una persona o una propiedad, y el abuso para asunto de interés personal del funcionario o de otra persona.

El Código de 1922 (Ley 109) y el Proyecto de la Comisión Revisora de 1825 omitieron el abuso en provecho propio o ajeno, y sustituyeron la frase "violencia injusta contra una persona o una propiedad" por esta otra: "acto arbitrario cualquiera en detrimento de alguien".

El Proyecto de la Misión Penal Italiana de 1928 (artículos 143 y 144) reprodujo la fórmula del acto arbitrario en detrimento de alguien, de la Ley de 1922 y también —aunque con algunas modificaciones— el acto ejecutado en provecho propio o ajeno.

El Código de 1936 (artículo 171) adoptó la fórmula del "acto arbitrario o injusto contra una persona o una propiedad" en sustitución de la "violencia injusta" de 1837 y 1890 y del "acto arbitrario cualquiera en detrimento de alguien" de la Comisión Revisora y de la Comisión Italiana, pero omitió el acto en provecho propio o ajeno.

Se observa, además, que la Comisión Penal, que redactó el Código vigente, a pesar de la objeción del vocal doctor Escallón sobre la exclusión del acto arbitrario en provecho ajeno, no introdujo la fórmula precisa del acto punible, sin que la explicación del vocal doctor Cárdenas pueda tener el valor extensivo que ha querido dársele, ya que no fue concretada en una norma positiva.

El Procurador Delegado en lo Penal —en su concepto de fondo— hace muy oportuna referencia al estatuto procesal penal italiano actualmente en vigencia, en el cual se llenó el vacío que, en cuanto a los actos en provecho ajeno, existía en el Código de Zanardelli.

El expositor Manzini —citado por el Procurador Delegado— comentando el artículo 175 del Código de Zanardelli, análogo al artículo del Código Penal colombiano, dice:

"El elemento material del delito consistente —dice— en el hecho del funcionario público que, abusando de sus funciones, ordena o comete cualquier acto arbitrario contra los derechos ajenos, independientemente de la realización de un efectivo daño.

"Para el elemento psíquico del delito —añade— es indispensable el dolo, que proviene de la voluntad de cumplir u ordenar el acto de que se trata, a sabiendas de que es contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y de los intereses ajenos.

"No se requiere —termina— un determinado fin específico para la noción de delito simple."

El hecho imputado al Gobernador doctor Jaramillo Sánchez— que en los Códigos de 1837 y 1890— fue previsto y sancionado como delito, no lo está hoy; y no podría el fallador, sin cometer un acto arbitrario en detrimento del procesado, revestirlo de los caracteres de infracción penal con violación del principio consignado en la norma primera del estatuto penal vigente.

B).—Justificación del hecho

El Gobernador doctor Jaramillo Sánchez —según propia confesión ante el Juez comisionado— **resolvió suspender temporalmente** el arresto que el Juez Muñoz y Vieira decretó contra el señor Alejo Santamaría y **rogó** al Director de la Cárcel de Medellín lo pusiera en libertad.

El mencionado doctor Jaramillo y su defensor invocaron para justificar su acto, las siguientes normas:

a) La del artículo 17 de la Constitución Nacional, según el cual en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta;

b) La del artículo de la misma, según la cual nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión ni arresto, ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes;

c) La del artículo 4º de la Ley 50 de 1933, según la cual toda sentencia condenatoria que se dicte en procesos judiciales correccionales o de policía, será apelable ante el respectivo superior, y si no se interpusiere apelación deberá ser consultada, y

d) La del artículo 25 (numeral 2º) del Código Penal, según el cual el hecho se justifica cuando se comete por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona **u honor,** o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

En estas normas fundaron —procesado y defensor— las tachas de inconstitucionalidad e ilegalidad de la orden de arresto emanada del Juez señor Muñoz y Vieira y también la justificación del acto imputado, con el criterio de que el Gobernador podía inhibirse de cumplir una orden judicial contraria a la Constitución y a la Ley.

El defensor —por otra parte— sostuvo la tesis de que al acto del Gobernador le falta el elemento psíquico —el dolo— en consideración a que el dolo consiste —afirma— en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, ya que aquel acto fue ejecutado de buena fe, con el ánimo de impedir la consumación de un acto que consideró delictuoso y que apenas fue suspendido temporalmente con el fin —explicó el doctor Jaramillo en su indagatoria— de que en un ambiente de serenidad y de justicia y con todas las garantías legales se resolviera el asunto.

Ninguna relación existe —observa la Corte— entre las normas referidas y el acto del Gobernador, y si ellas se invocaron, lo fueron solamente para deducir la arbitrariedad que aquél creyó hallar en el auto de un funcionario judicial, lo que no corresponde apreciar a los funcionarios del órgano ejecutivo, cuya misión —respecto a las providencias judiciales— se limita a ejecutarlas y hacerlas ejecutar, en cumplimiento de los artículos 114 (numeral 2º) y 192 (numeral 4º) de la Constitución Nacional, normas éstas que son la aplicación del artículo 52, que regula las funciones de los diversos órganos del poder público y les fija sus límites.

Era al Organo Judicial —y no al Organo Ejecutivo, aquí representado por el Gobernador— a quien correspondía calificar y sancionar la infracción por éste imputada al Juez Civil Municipal de Medellín, señor Muñoz y Vieira, es decir, la detención arbitraria del señor Santamaría, como la calificó mediante auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Juez 4º del Circuito Penal de Medellín el día 15 de febrero de 1940.

El estatuto procesal penal (artículo 633) otorga a los jueces la facultad privativa de ejecutar sus sentencias, y les da (artículo 640) el carácter de Jueces de Vigilancia para el cumplimiento de las sanciones, de acuerdo con las normas del Código de Régimen Carcelario y Penitenciario (artículo 148), y de acuerdo con tales normas la ejecución de las providencias judiciales se realiza "mediante orden comunicada a los funcionarios administrativos encargados del cumplimiento de la sanción", que son —únicamente— los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, quienes sólo pueden libertar a un condenado cuando ha "expirado el término de duración de la condena"; funcionarios que dependen directamente del Ministerio de Gobierno y no de las Gobernaciones seccionales (artículo 26, Código de Régimen Carcelario y Penitenciario).

Mucho más improcedente es la referencia que el defensor del doctor Jaramillo hizo al estado de necesidad (artículo 25, numeral 2º, Código Penal) en que —afirma— actuó el doctor Jaramillo, al querer defender de una violencia actual e injusta contra el honor del señor Santamaría, elementos aquí absolutamente inexistentes; al estado de necesidad se equipara la buena fe alegada, como improcedente, ya que la buena fe constituye eximente de la responsabilidad cuando es determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho provenientes de negligencia, elementos que tampoco aquí existen.

La imputabilidad penal —según Manzini— es el conjunto de las condiciones materiales y psíquicas exigidas por la ley para que una persona capaz de Derecho Penal pueda considerarse causa eficiente de la violación de un precepto penal.

Si falta, pues, el precepto penal —como en este caso— no puede hablarse de imputabilidad penal, aunque existan las condiciones físicas y psíquicas y la capacidad personal de Derecho Penal, que en parte integran aquella noción, ya que entonces no es posible establecer la relación entre la causa eficiente y la violación del precepto, por falta de este elemento.

La Sala, además ha observado que el Gobernador doctor Jaramillo Sánchez no dio orden alguna conminátoria al Director de la Cárcel, sino que se limitó **a rogarle** (tales son los términos de la nota) que se pusiera en libertad a un ciudadano, que consideraba injustamente detenido.

C).—CONCLUSIONES

De las anteriores consideraciones se concluye lo siguiente:

a) Que el Gobernador doctor Jaramillo Sánchez efectivamente cometió un acto arbitrario, contrario a las leyes que regulan las funciones de los Organos del Poder Público;

b) Que ese acto no está expresamente previsto como infracción penal, en la especie de abuso de autoridad con que en el auto de proceder fue calificado, y

c) Que a nadie se puede condenar sino por infracciones a la ley penal, y cuando obren en el proceso legalmente producidas, la prueba plena y completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella.

En consecuencia, 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, absuelve al doctor Alfonso Jaramillo Sánchez, del cargo de abuso de autoridad por el cual fue llamado a juicio en virtud de denuncio del Juez 1º Civil Municipal de Medellín, señor Luis A. Muñoz y Vieira.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada —Ricardo Jordán Jiménez — Jorge Enrique Gutiérrez A. — Domingo Sarasty — Julio E. Argüello, Secretario.

DELITOS MILITARES

La Constitución Nacional, en su artículo 170, consagra un fuero especial para los delitos cometidos por los militares en servicio activo y con relación al cumplimiento y ejercicio del mismo, precepto que se encuentra establecido en los artículos 7º y 11 de la Ley 84 de 1931. La ley somete al juzgamiento de la justicia militar aquellos negocios que son inherentes a ese servicio, conforme al artículo 10 de la citada ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá mayo, veintidós de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

El día treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, el comandante del Grupo de Caballería Rondón Nº 2, acantonado en Montería, ordenó levantar la correspondiente investigación para averiguar la responsabilidad del cabo 1º Jorge A. Rueda, por un delito de lesiones personales, cometido en el soldado Efraín Angulo, en la sección de ametralladoras, dependiente del mencionado grupo.

De acuerdo con el concepto del Auditor de Guerra, el Comando de la Brigada, remitió el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Montería, entidad que provocó competencia negativa a dicho Comando, exponiendo, en providencia de mayo ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro, las razones que tenía para no asumir el conocimiento del negocio.

Se considera:

El artículo 293 de la Ley 3ª de 1945 sobre Código de Justicia Penal Militar, dice: "Los sumarios y juicios pendientes ante las autoridades militares, al entrar en vigencia esta Ley, continúan rigiéndose por las disposiciones penales y procedimentales anteriores".

Con sujeción a esa norma, la solución del problema se hará de acuerdo con las disposiciones penales y procedimentales contenidas en la Ley 84 de 1931, vigentes al tiempo en que se verificaron los hechos.

La Constitución Nacional, en su artículo 170, consagra un fuero especial para los delitos cometidos por los militares en servicio activo y con relación al cumplimiento y ejercicio del mismo, precepto que se encuentra establecido en los artículos 7º y 11 de la ley anteriormente citada. La ley somete al juzgamiento de la Justicia Militar aquellos negocios que son inherentes a ese servicio, de manera que si el hecho realizado por Rueda se encuentra comprendido en la denominación del artículo 10 de la Ley 84 de 1931, el juzgamiento y la represión serán de la justicia militar y no de la ordinaria.

El artículo 10 de la ley citada dice:

"Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares, o en asuntos del servicio militar o dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra y en general dentro de cualquiera dependencia militar. Los delitos o culpas cometidos fuera de estos casos serán juzgados como delitos comunes por la justicia ordinaria".

La definición que da la ley sobre delito militar es demasiado extensa y puede dar lugar a interpretaciones erróneas, si se la toma en un sentido literal; de ahí la necesidad de apreciar el hecho en cuanto éste hace referencia a una infracción de la ley militar, cumplido por razón o causa de ese servicio. Si tales elementos, indispensables para la configuración del delito militar, se cumplen en el caso del cabo 1º Rueda, la competencia será de la Justicia Militar.

El hecho realizado por el cabo 1º Jorge A. Rueda es originado por motivo del servicio que él prestaba en la sección de ametralladoras del Grupo de Caballería "Rondón" número 2. La circunstancia de armar y desarmar la pieza, cargarla y descargarla, y el enseñarles a los soldados el manejo y funcionamiento completo de la misma, son actos inherentes al servicio que él prestaba en su condición de suboficial del ejército; y si bien es verdad —como se afirma— que no tenía orden re-

gular y precisa para dar esa instrucción, también es evidente que las leyes penales no sólo se infringen por acción sino también por omisión. Y la omisión de la ley penal militar, por incumplimiento, origina un motivo suficiente para que el hecho sea juzgado, en este caso, por la justicia militar.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º Dirímese la competencia en favor del Juzgado Penal del Circuito de Montería.

2º Corresponde a un Consejo de Guerra Superior el conocimiento de los hechos cometidos por el cabo 1º Jorge A. Rueda. (Artículo 27 de la Ley 84 de 1931).

Devuélvase el expediente al Comando de la 2ª Brigada de Barranquilla.

Notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Ricardo Jordán Jiménez — Jorge Enrique Gutiérrez A.—Domingo Sarasty—Julio E. Argüello, Srio. en ppdad.

COMPETENCIA POR DELITOS DE LEPROSOS COMETIDOS FUERA DE LOS LEPROCOMIOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Visto:

El Ministerio de Gobierno ha solicitado concepto sobre la petición del Juez Penal del Circuito de Pamplona para que se cambie la radicación del proceso que ante él se sigue contra el enfermo de lepra Arquimedes Moreno Moreno, por el delito de lesiones personales, y quien, por tal causa, se halla recluído en el Leprosorio de Contratación.

Aunque no hay más prueba de la enfermedad y residencia del procesado Moreno, que la afirmación del Juez solicitante, la Corte funda su concepto en las siguientes consideraciones:

a) El Juez Penal de Pamplona presenta, como razón de su solicitud, el hecho de que no puede celebrarse la audiencia en el juicio contra Moreno por causa de su residencia en el Leprosorio;

b) La presencia del enjuiciado en aquella diligencia, es obligatoria, al tenor del artículo 466 del Código de Procedimiento Penal;

c) La facultad que otorga el inciso 2º del artículo 391 del mismo Código, es cuanto a notificaciones a los enfermos de lepra, no puede extenderse a la realización de diligencias, como la de la audiencia, en virtud del mandato del artículo 466 citado;

d) Si de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 20 de 1927, los juicios contra leprosos asilados de competencia de los Jueces Superiores se siguen ante los Jueces de Circuito de los Lazaretos, los de competencia de los Jueces de Circuito —por idéntica razón— deben seguirse ante los mismos Jueces, con tanto mayor razón cuanto que los Parágrafos 2º y 3º del artículo 11 de la misma Ley ordena que si de un mismo delito resultaren a la vez individuos sanos y leprosos, se les juzgará en procesos separados, los de los sanos ante los Jueces de Circuito a cuya jurisdicción correspondan los Municipios de los Lazaretos;

e) La facultad que el inciso 2º del artículo 59 del estatuto procesal penal obliga al Gobierno para ordenar el traslado de un Distrito Judicial a otro, cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exige cambio de clima o de residencia del inculpado;

f) Las prescripciones de las Leyes y Decretos sobre lucha antileprosa, que ordenan el aislamiento de los atacados por tal enfermedad, y

g) El mandato del artículo 391 del mencionado Código, según el cual tanto la detención provisional como las penas privativas de la libertad deben cumplirse en las Cárceles del Lazareto más inmediato del lugar donde esté radicado el proceso.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite **concepto favorable** al cambio de radicación del proceso por lesiones personales contra el enfermo de lepra Arquimedes Moreno, solicitado por el Juez de Circuito Penal de Pamplona.

Cópiese y devuélvase.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Ricardo Jordán Jiménez — Jorge E. Gutiérrez A. — Domingo Sarasty — Julio E. Argüello, Secretario.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA ULTRA-ACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL PENAL

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

El Procurador Delegado en lo Penal solicita se declare desierto el recurso de casación interpuesto por Raúl y Cupertino Tamayo contra la sentencia del Tribunal de San Gil, que los condenó a la pena de siete años y un mes de presidio, por el delito de homicidio en Pedro León Agudelo, solicitud que funda en las siguientes razones, que la Corte resume:

a) El artículo 71 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945, según el cual "nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito", que comenzó a regir el 17 de febrero del presente año, es de obligada aplicación, aún en los casos en que se haya interpuesto el recurso de casación, antes de la fecha mencionada;

b) La demanda de casación, en su forma y contenido está sometida al artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable según el mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal;

c) Raúl y Cupertino Tamayo interpusieron su recurso ante el Tribunal de San Gil el 22 de agosto de 1944, el que fue concedido el 27 de septiembre del mismo año;

d) La Corte lo admitió el 23 de noviembre del mismo, y el 22 de febrero del presente año, cinco días después de la fecha en que comenzó a regir el mencionado Acto Legislativo, los recurrentes presentaron personalmente su demanda ante el Juez 2º Superior del Socorro, la que fue recibida en la Corte el día 26 de los mismos mes y año, y

e) La Corte —según el concepto del Procurador— debe declarar desierto el recurso, porque la denuncia no fue presentada por abogado inscrito.

Coincide el suscrito con las razones generales aducidas por el Procurador Dr. Escallón, en cuanto al contenido jurídico de este recurso extraordinario y en cuanto a la necesidad de orientarlo en la forma técnica que prescribe el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aquí aplicable, pero disiente en cuanto al tiempo de aplicación de la nueva norma constitucional, por los motivos legales que en seguida se explican.

Evidentemente, "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios —conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887— prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Pero esta norma, que es de Derecho Público, tiene una excepción allí mismo determinada.

"Pero los términos —prescribe la parte final de la misma— que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", mandato que, en forma extensiva, reprodujo el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal vigente, y que fue materia, en acción pública sobre su inexiquibilidad, de la sentencia que la Corte Suprema pronunció el día 13 de mayo de 1941, según la cual "es inexequible el artículo 722 únicamente en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior".

Esta decisión, como se deduce, no desvirtuó el principio contenido en la parte final del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, ni tampoco el del inciso segundo del artículo 722, no obstante que el último dio mayor amplitud al primero, que sólo se refiere a diligencias y actuaciones que ya estuvieren iniciadas.

Limitando el tema de estudio al artículo 40 de la Ley 153, es necesario precisar cuáles son las actuaciones o diligencias que deben regirse por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

No contiene el Código de Procedimiento Penal una disposición que precise tales conceptos, y entonces, en atención al artículo 7 de aquel Código, es indispensable recurrir al de Procedimiento Civil.

Este Código —Ley 105 de 1931— estableció lo siguiente en su artículo 1228:

"Las disposiciones de este Código —dice la norma— se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principien a regir; pero los términos no vencidos, **los recursos interpuestos**, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, **se interpuso el recurso**, o se promovió la tercería."

Es cierto que "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la Ley preexistente" —según el artículo 9º de la Ley 153— y que "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente", pero esta es una norma general, de la cual el artículo 40 de la misma ley comporta una excepción: la del sistema de aplicación en los casos de tránsito o conflicto de legislaciones.

Además, el mismo artículo 71 del Acto Legislativo Nº 1º del presente año, establece excepciones, aunque delega a la ley la obligación de precisarlas, lo que significa, lógica y jurídicamente, que el mandato de la nueva norma constitucional no tiene carácter ni de general ni de absoluto, y que debe interpretarse de acuerdo con las reglas generales que rigen la interpretación jurídica, y que no otras son sino las contenidas en los artículos 40 de la Ley 153 de 1887, y 1228 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 7 y 722 del Código de Procedimiento Penal.

Los recursos de casación —en consecuencia— interpuestos antes de la vigencia del Acto Legislativo Nº 1 del presente año se rigen por la ley vigente en el tiempo en que lo fueron, sin que esta tesis —como se afirmó al principio— se oponga en modo alguno a la necesidad, excelentemente fundada por el Sr. Procurador General, de darle a este recurso extraordinario su verdadero contenido jurídico y de orientarlo hacia el fin previsto por la ley, es decir, el de libertarlo de toda forma o vestidura de instancia.

Por lo tanto, se ordena devolver el presente negocio al Sr. Procurador Delegado en lo Penal para que, de acuerdo con el Artículo 564 del estatuto procesal penal, se sirva contestar la demanda.

Notifíquese.

Francisco Bruno

Julio E. Argüello, Secretario.

FIGURAS DEL HOMICIDIO IMPERFECTO Y ACTOS QUE LAS CARACTERIZAN

La entidad o categoría del homicidio imperfecto se subordina al ITER CRIMINALIS recorrido por el agente y a la especie de actos realizados; así, el intentado requiere los actos preparatorios y el principio de los actos ejecutivos necesarios a la consumación, y el frustrado todos los ejecutivos o consumativos desde el punto de vista subjetivo; en otros términos, en el intentado hay un principio de ejecución que se suspende en cualquier punto de su curso o desarrollo por circunstancias extrañas al querer del agente del delito, y en el frustrado se recorrió todo el ITER CRIMINALIS pero sin la producción del resultado que el agente se propuso por circunstancias ajenas a su voluntad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Joaquín Velasco, hoy de treinta años de edad aproximadamente, recluído en la Cárcel del Circuito de Socorro, recurrió en casación —fundado en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 567 del estatuto procesal penal— contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, del 26 de marzo de 1943, por la cual fue condenado —con aplicación de los artículos 17 y 363 del Código Penal— a la pena de quince años de presidio por el delito de homicidio frustrado en su esposa legítima Elvira Téllez, cometido en la tarde del 22 de marzo de 1939, en el Corregimiento de "El Hatillo", Municipio de Albania, Departamento de Santander.

El recurrente —en su demanda ante la Corte— no invoca causal alguna, mas como solicita que la sentencia sea casada por los motivos que su defensor Dr. Jorge Arenas Calvete expuso al interponer el recurso ante el Tribunal, en atención a las causales anticipadamente señaladas ante el Tribunal y resumidas ante la Corte, se procede a su estudio.

El defensor del recurente alegó —se repite— las causales determinadas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y que —en síntesis— funda así:

a) El Tribunal, en su sentencia, violó la ley penal, por errónea interpretación y por indebida aplicación de los artículos 17 y 363 del C. P., por la no aplicación de las normas sobre lesiones personales o de los artículos 16 y 362 del mismo Código, y por errada interpretación e indebida aplicación de los artículos 198 (numeral 8º), 224, 268, 429 y 431 del Código de Procedimiento Penal;

b) El Tribunal, en su sentencia, interpretó y apreció erradamente los hechos, porque le dio a la pericia médico-legal el valor que no tiene, y

c) El Tribunal, en su sentencia, violó la ley procedimental, porque fue pronunciada en un juicio viciado de nulidad, nulidad consistente en que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que el procesado fue llamado a juicio por homicidio frustrado con circunstancias de asesinato, y no por heridas solamente, o cuando más por homicidio intentado sin circunstancias de asesinato.

La Corte —en el estudio del presente recurso— se inhibe de considerar la segunda causal de casación, ya que ha resuelto que dicha causal no es aplicable a los juicios en que ha intervenido el jurado, por las razones que fueron clara y ampliamente expuestas en la decisión del recurso de Juan Troyano contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán.

En consideración a que si fuere fundada la causal cuarta sería inútil el análisis de la primera, es indispensable dar preferencia a aquélla, y así procede la Corte, cumplidas que han sido ya las normas procedimentales que rigen el recurso.

I—Nulidad del Juicio

La nulidad —en los términos en que el recurrente la ha planteado— se refiere a la denominación jurídica de la infracción imputada a Velasco que, según él, ha debido ser una de las siguientes:

a) Lesiones personales sin intención de dar muerte; y

b) Homicidio intentado sin circunstancias de asesinato, en caso extremo.

Antes de iniciar el estudio de las tesis que presenta el recurrente, la Corte anticipa que —trátese de lesiones personales o de homicidio intentado o frustrado— el vínculo conyugal entre victimario y víctima, comprobado con el certificado del Párroco de Jesús María, según el cual Joaquín Velasco y Elvira Téllez contrajeron matrimonio eclesiástico el día 5 de octubre de 1934 —certificado no tachado de falsedad— y también con la confesión de Velasco, añade a la infracción de éste, cualquiera que ella fuere, la circunstancia de asesinato, de conformidad con los artículos 363 (numeral 1º) y 379, ambos del estatuto penal.

El estudio del recurso —por lo tanto— se limita a analizar y decidir si la infracción imputada a Velasco ha debido calificarse como lesiones personales u homicidio intentado, en uno y otro caso sin circunstancias de asesinato, o si —al contrario— no se incurrió en equivocación alguna al calificarla como homicidio frustrado con las mismas circunstancias.

A) EL ITER CRIMINALIS

La Sala —previamente— **recorre el iter criminalis** de Velasco, de conformidad con los hechos que la sentencia consideró como probados.

a) Primera fase: idea criminosa

Joaquín Velasco y Elvira Téllez vivieron en el sitio de "Tisquisoque", Municipio de Jesús María, en cuya vecindad el primero mantenía una concubina, causa de continuos conflictos entre los esposos, hasta los últimos días de enero o primeros de febrero de mil novecientos treinta y nueve en que —por insistencia de Joaquín— emigraron a Bogotá. Elvira afirmó ante el funcionario instructor haber accedido al proyecto de Joaquín, a pesar de que Juliana Sierra le aconsejó **no viajara porque aquél había prometido darle muerte**, con la esperanza de que olvidaría a la concubina.

En Bogotá, permanecieron mes y medio aproximadamente, Elvira colocada en un hotel y Joaquín sin hacer nada, viviendo apenas con diez y siete pesos que Elvira trajo de su casa.

El 21 de marzo Joaquín la sacó del hotel y regresaron a su casa, con el pretexto —insistentemente alegado por aquél— de que no tenía trabajo y estaba, además, enfermo. Provistos de dos pequeñas valijas, en que guardaron sus prendas de vestir, tomaron el tren, y se detuvieron en Chiquinquirá, en la casa de Mario y Emma de Monroy, mientras Joaquín hacía arreglar el revólver que llevaba.

En la casa de los Monroy —afirma Elvira Téllez— sucedieron algunos detalles de importancia. Cuando Velasco entró, con el revólver ya arreglado le dijo, mostrándole un puñado de cápsulas: "mira, con éstas sí me voy feliz"; momentos después —continúa Elvira— tenía sed, y como le pidiera a su esposo una cerveza, éste, mostrándole una cápsula de revólver, le dijo, delante de una sirvienta de nombre Elisa: "Mire lo que a Ud. le quita la sed." Al día siguiente, veintidós de marzo, antes de salir de Chiquinquirá, en tren, hacia la estación de Garavito, de donde parte el camino que conduce a Albania y Jesús María, sucedieron otros hechos de sugestivo contenido. Velasco se opuso a que llevaran consigo las valijas para evitar que, por robárselas, fueran atacados; aún más, no permitió que su esposa llevara la sombrilla, ni siquiera un vestido para cambiarse, no sin antes prometerle que volvería por tales objetos. En todo el trayecto que anduvieron en tren y a pie —añadió Elvira en su declaración— no le atravesaba palabra alguna, ni tampoco "le dejó pasar una sed de agua" (sic).

b) Segunda fase: La ejecución

Como esta fase de la infracción tuvo cumplimiento en la montaña, sin testigo alguno, la Corte transcribe textualmente la narración que Elvira Téllez hizo ante el funcionario instructor.

"En marcha forzada —comenzó Elvira Téllez— llegamos por entre rastrojos y breñas a un punto montañoso, pues más o menos serían las dos de la tarde; habiéndome internado en una montaña me dijo Joaquín que si yo no recordaba del camino, que él no recordaba; y demorándose ahí bastante tiempo, en vista de esta demora le dije que nos fuéramos porque nos cogía la noche; entonces me contestó mi esposo: "Qué importa que nos coja, ha debido haberse anochecido, por causa tuya estoy sufriendo, so berrionda". Inmediatamente me descargó un garrotazo, el que me logró en el antebrazo derecho. Yo dí un grito y entonces mi esposo me dijo: "Con eso no más te

maté, so berrionda" y desenvainando el revólver que portaba al cinto, me dijo que siguiera adelante; como yo temiera ser víctima en aquel momento, le dije a mi esposo que en manos de mi marido moría en aquel momento. Viendo mi esposo que yo seguía lentamente, dijo que había sacado el revólver era para matar una ardilla; como yo noté en mi esposo la mala intención que tenía de darme muerte, no seguí por el camino por donde él siguió, pero éste me dijo que por ahí no era el camino, que era por donde él iba; yo salí luego a donde él me decía, pero yo comprendí que él siempre me internaba más en la montaña; al hallarme frente a él me dijo: "mirá la ardilla", y tendiéndome el revólver que en ese momento portaba en la mano lo disparó hacia mí, lográndome este disparo hacia el lado de la clavícula del lado izquierdo. Inmediatamente caí boca abajo y luego mi esposo me tomó de la cabeza, y poniéndome el revólver en el oído, lo disparó, lográndome este disparo en el oído derecho. Con dichas heridas y, aún más, con la detonación del último disparo, quedé sin sentido y casi exánime. Cuando volví a recobrar el sentido me encontré sola, haciéndome falta el pañolón y el sombrero que traía, lo que sospecho fue mi esposo que me lo quitó. Cuando recobré algo la fuerza, como pude bajé por entre la montaña y como a tres cuadras de distancia pude encontrar la casa de habitación de Leopoldina Briceño y su esposo Silvano Téllez, en donde actualmente me encuentro".

c) El juicio criminal

Negados los hechos por el procesado, al menos aquellos que hubieran podido serle desfavorables, fracasado su intento de coartada, obtenidos el dictamen médico-legal y algunos testimonios de carácter indicial que señalaron a Joaquín Velasco como autor de la infracción, el Juez 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil, con residencia en el Socorro, lo llamó "a responder en juicio criminal, por los trámites en que interviene el Jurado, por el delito frustrado de homicidio, en su esposa legítima Elvira Téllez", delito de que trata el Capítulo I, Título XV, Libro II del Código Penal".

"Específicamente el delito de que se trata —dijo el Juez Superior en la parte motiva del llamamiento a juicio— es el de asesinato frustrado, por estar acompañado el hecho de las siguientes circunstancias modificadoras de especial agravación: a) haberse cometido en la persona de la cónyuge; b) con premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos; y c) con insidia y alevosía, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad".

El Jurado contestó unánime y afirmativamente las siguientes cuestiones que le propuso el Juez sin que el defensor hubiera hecho uso, oportunamente, del derecho a solicitar la inclusión de otros:

a) La referente a la ejecución, por parte de Joaquín Velasco, de todos los actos necesarios para darle muerte a su esposa legítima Elvira Téllez, conduciéndola insidiosamente a un lugar montañoso y solitario y atacándola allí con dos disparos de revólver que le infirieron dos heridas graves, una debajo de la clavícula izquierda y la otra en la ventana del conducto auditivo derecho externo, que le produjeron incapacidad para trabajar;

b) La referente al propósito y a la intención de darle muerte, lo que no se realizó por circunstancias independientes de la voluntad del acusado y a sabiendas de que Elvira Téllez era su esposa legítima,

c) La referente a la premeditación acompañada de motivos innobles y bajos; y, finalmente,

d) La referente a la insidia y alevosía poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad.

El Juez Superior —con la confirmación del Tribunal— condenó a Joaquín Velasco a la pena de quince años de presidio, suma que resulta de la aplicación de los artículos 17 y 363 del Código Penal, así:

a) Pena que habría merecido si el uxoricidio se hubiera consumado, en atención a las circunstancias 1ª, 2ª y 5ª del artículo 373, la 7ª del artículo 37 y la 1ª del artículo 38, todos del Código Penal, veinte años de presidio; y

b) Disminución de la cuarta parte, en atención a la categoría de la infracción —delito frustrado— cinco años.

d) La denominación jurídica de la infracción

El recurrente, con fundamento en los artículos 198 (numeral 8º) y 567 (numeral 4º) del Código de Procedimiento Penal, alega que como a Velasco se enjuició por el delito de homicidio frustrado, en vez de lesiones personales, o cuando más de homicidio intentado sin circunstancias de asesinato, se incurrió en error relativo a la deno

minación jurídica de la infracción y, en consecuencia, la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

En la vida del delito concurren una actividad psicológica (motivo, deliberación y resolución) y una actividad física (actos preparatorios y ejecutivos), tesis ésta que la Corte adopta como punto de partida en el análisis de las objeciones que el recurrente hace a la sentencia.

e) Lesiones personales

El recurrente sostiene ante el Tribunal, al interponer el recurso, que inexistente como es la prueba de la intención homicida, el fallador sólo podía imputar a Velasco la de causar lesiones, y para fundar esta tesis, ataca la pericia médico-legal, en la parte referente a la herida en el oído derecho, y el testimonio de la víctima que considera sospechoso por la presunción de interés no sólo en la sanción sino también en la reparación de los perjuicios.

El propósito homicida en este caso —responde la Corte— surge de un conjunto de indicios, que convergen, por su conexión y número, a configurarlo claramente; estos indicios son, entre otros, los siguientes:

a) La imputación de Velasco hecha a su esposa sobre infidelidad conyugal y que —aunque afirmada en testimonios de referencia— debió haber creado en el ánimo del agresor el propósito de deshacerse de ella, facilitando así —además— la libertad del concubinato de que la Téllez lo acusa, hechos éstos que el apoderado del recurrente acepta cuando alega la atenuante de la pasión;

b) La coincidencia de las afirmaciones de víctima y victimario —al menos en sus detalles generales— en relación con el viaje a Bogotá y regreso a Chiquinquirá, y después a la Estación "Garavito", punto inicial del camino que conduce a "Tisquisoque", sitio de residencia;

c) La coincidencia entre las afirmaciones de la Téllez, sobre palabras o frases que ésta dirigió a Velasco, momentos antes del delito, y las de Leopoldina Briceño, habitante de la casa vecina al sitio del delito, quien alcanzó a oír aquellas frases o palabras;

d) El interés de Velasco de obligarla a seguir, por entre la montaña, camino solitario distinto al que debía conducirlos a su casa, afirmado esto en diligencia de inspección ocular;

e) La coincidencia de las afirmaciones de la Téllez y de la pericia médico-legal, especialmente en relación con la herida causada en el oído derecho, también con proyectil de revólver, cuando la víctima, caída de bruces por causa del primer disparo, le levantó la cabeza y le hizo el segundo, y

f) Los caracteres especiales del daño, en consideración a la región anatómica lesionada y a la preparación y aprovechamiento de los medios y circunstancias aptos para causarlo.

Los actos que se acaban de resumir, no podrían inducir —en modo alguno— a sustituir la denominación jurídica de homicidio frustrado por la de lesiones personales, punto que los falladores de instancia analizaron oportuna y jurídicamente, cuando el defensor les planteó idéntico problema.

f) El homicidio imperfecto

En el delito de homicidio, el **iter criminalis,** en su fase externa (preparación, ejecución y consumación), se clasifica así: el intentado, requiere los actos preparatorios y el principio de los ejecutivos necesarios a la consumación; el frustrado, todos los ejecutivos y consumativos desde el punto de vista subjetivo, y el consumado, la producción total del hecho propuesto, es decir, la muerte.

En otras palabras, ampliando estos conceptos, en el intentado hay principio de ejecución del hecho, la cual se suspende en cualquier punto de su curso o desarrollo por circunstancias extrañas al querer del agente del delito; en el frustrado, se recorrió todo el **iter criminalis,** pero sin la producción del resultado que el agente se propuso por circunstancias ajenas a su voluntad, y, finalmente, en el consumado, también se recorrió el **iter criminalis,** y se perfeccionó el hecho deseado.

Los artículos 16 y 17 del estatuto penal vigente configuran —claramente— estas especies de delito imperfecto, de las cuales la primera, afirma el recurrente, es la que corresponde a la infracción imputada a Velasco.

Velasco, realizó todos los actos preparatorios, ejecutivos y consumatorios para darle muerte a su esposa Elvira Téllez, desde el viaje de Bogotá hasta el sitio montañoso y solitario donde, a corta distancia, le produjo la primera herida bajo la clavícula, y caída de bruces, como para consumar definitivamente la muerte, le levantó la ca-

beza y le produjo la segunda herida en el oído derecho; y seguro de que había muerto, la dejó allí abandonada y regresó a Bogotá, o a Chiquinquirá, donde fue capturado, ocho o diez días más tarde. Elvira Téllez, no obstante la herida grave causada, sanó gracias a la intervención quirúrgica, para extraerle el proyectil, a que fue sometida en el Hospital de Chiquinquirá.

El recurrente, además, sugiere la tesis de que para que pueda existir el homicidio frustrado se requiere que las lesiones sean, por su naturaleza, mortales, y de que los medios sean idóneos, lo que —según él— no se ha comprobado en este caso.

El Procurador Delegado objeta aquella tesis en los términos siguientes, que la Corte acoge:

"Realizar todo lo indispensable para consumar el delito, no es poner en práctica lo que el agente crea suficiente de acuerdo con sus personales previsiones, sino que es menester ejecutar todos los hechos que, en armonía con las leyes naturales, tienen aptitud eficaz para obtener el resultado que persigue la intención del culpable".

"Por eso, como observa un autor positivista, la teoría de la idoneidad, relativa o absoluta, de los medios adoptados, es aquí inaplicable; la idoneidad debe ser absoluta en el delito frustrado, ya que si los medios no hubiesen sido completamente idóneos, no se habría realizado todo lo que es necesario para la consumación.

"En el presente caso se reune este requisito esencial de la frustración, esto es, la ejecución por parte del agente de todo lo necesario para ocasionar la muerte, pues las heridas sufridas por la víctima fueron graves y capaces de acabar con la vida de ella.

"Realmente, en el primer reconocimiento practicado en la ofendida, si bien no lo hicieron dos médicos graduados, sí se encuentra en él la suficiente claridad acerca de la gravedad de las lesiones. Esos peritos le hallaron a Elvira Téllez una herida debajo de la clavícula, lado izquierdo, con dirección de adelante hacia atrás, causada como con proyectil de revólver, proyectil que quedó a punto de salir por la parte posterior del cuerpo, sobre el omoplato; también le vieron otra herida, con arma semejante, en el oído derecho, sin poder precisar la dirección que tomara. Anotaron esos peritos "que había bastante sangría de ambas heridas".

"El médico legista de Chiquinquirá practicó también un examen en la ofendida, y le encontró:

"Una herida localizada sobre la parte media y superior de la clavícula izquierda, de unos ocho milímetros de diámetro, producida por el proyectil de un arma de corto alcance. El proyectil siguió la dirección hacia atrás conservando la misma horizontal hasta localizarse en el ángulo externo de la paleta. El proyectil fue extraído por el cirujano doctor Carlos Téllez. Esta herida interviene con la masa muscular que puede imposibilitar los movimientos del miembro superior izquierdo. Se dejará para segundo reconocimiento el informe de esta circunstancia. También presenta Elvira una herida, por las mismas dimensiones en la ventana del conducto auditivo externo del lado derecho, cuyo examen no fue posible saber la procedencia de la herida".

"Aunque los estragos y consecuencias de la herida localizada en el oído derecho no se fijaron claramente en este dictamen, como tampoco el arma con que se causó la lesión, con todo queda en pie la herida del tórax, la cual era más que apta para causar la muerte de la Téllez, ya por la nobleza de las regiones anatómicas vulneradas como por la profundidad que tuvo, que casi puede calificarse de perforante.

"Basta transcribir aquí lo que enseñan los especializados en Medicina Legal sobre estas heridas penetrantes del tórax. El eminente médico colombiano doctor Carlos E. Putnam dice lo siguiente:

"Las heridas penetrantes del pecho, según dijimos antes, son aquellas que interesan todo el espesor de la pared torácica y establecen así una comunicación más o menos amplia entre la cavidad pectoral y el exterior. Sucede que el instrumento que atraviesa la pared compromete a veces algunos de los órganos contenidos en la cavidad, y de aquí la división de heridas penetrantes simples y de heridas penetrantes con lesión del pulmón o del corazón. En cualquiera de estas circunstancias, el sólo hecho de la penetración da lugar a un conjunto de fenómenos clínicos, de bastante gravedad, que debe conocer perfectamente el médico legista, si no quiere incurrir en gravísimos errores."

"Las heridas penetrantes del pecho, por pequeñas que sean deben considerarse como lesiones graves. La muerte puede producirse pocos momentos después, cuando el corazón o los gruesos vasos han sido heridos. Si esto no ha sucedido, pueden presentarse complicaciones dependientes

del sólo hecho de la penetración, ya sean inmediatas o consecutivas o secundarias.

"En tal virtud —deduce el Procurador— el elemento esencial del homicidio frustrado referente al desarrollo de todo lo indispensable para consumar la infracción concurre cabalmente en los actos delictuosos ejecutados por el acusado. Lo mismo puede afirmarse —añade— respecto del otro elemento constitutivo concerniente a que el homicidio no se realizó por causas independientes de la voluntad de Joaquín Velasco.

"Y la razón sencilla —explica en otra parte— para que no sobreviniera la muerte de la Téllez, se descubre fácilmente en el hecho de haber sido trasladada al Hospital de Chiquinquirá, donde hay que suponer que se la atendió con todos los cuidados que aconseja la ciencia y se le sometió a un tratamiento adecuado a la gravedad de las heridas".

No se produjo, en consecuencia, el hecho —la muerte de su esposa —que Velasco se había propuesto, pero no por voluntad del agente, sino como lo dice el artículo 17, por circunstancias independientes de ella.

g) Las circunstancias de asesinato

Supone el recurrente que no existen las circunstancias de asesinato imputadas a Velasco, o sea la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, y la de haber puesto a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad como la insidia y la alevosía, que el Jurado aceptó unánimemente; y con el fin de hacer triunfar su tesis ataca el testimonio de Elvira Téllez, que considera sospechoso, porque estaba interesada en perjudicar a su esposo o manifestar un innoble sentimiento de venganza.

Posiblemente podría aceptarse la tacha si aquel testimonio no hubiera coincidido, en mucha parte, con las indagatorias y totalmente con los testimonios de Andrés González y de Leopoldina Briceño, los cuales sugieren la convicción de que Elvira Téllez dijo la verdad, y, por lo tanto, de que Velasco preparó y ejecutó el delito con las mismas circunstancias reveladas por su esposa; además, si el Jurado aceptó como reales y verosímiles aquellos testimonios y en ellos fundó su veredicto, él—como lo sabe el recurrente—no está sujeto a las normas de derecho probatorio de obligado cumplimiento para los falladores de instancia, y en este caso no se trataría ya de error en la denominación jurídica de la infracción sino de una injusticia notoria del veredicto —tampoco aquí viable— porque en el nuevo estatuto procesal no está previsto como causal de casación.

Además, como se dijo, Joaquín Velasco cometió su delito en la persona de su legítima esposa, y a sabiendas de que lo era, circunstancia que de acuerdo con la norma del artículo 363 (numeral 1º) del Código Penal configura el asesinato; aunque la premeditación y la indefensión e inferioridad no existieran, no se podría —en consecuencia— clasificar el delito en norma distinta de aquélla.

La infracción de Velasco, en suma, no es otra sino un homicidio frustrado con caracteres de asesinato, tal como fue calificado en el auto de proceder, sin que contra ella valga la omisión de forma que en esa providencia advierte el recurrente, porque Velasco fue llamado a juicio criminal por el delito de homicidio que le correspondía.

No hubo, como se concluye en todo lo anterior, error en la denominación jurídica de la infracción, ni tampoco —en consecuencia— se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad; no está, pues, probada la causal cuarta de casación invocada.

II — VIOLACION DE LA LEY PENAL

El recurrente —al presentar y fundar la causal primera de casación— incurre en una equivocación de técnica; afirma, en efecto, que hubo errada aplicación de la ley penal, porque se dejaron de aplicar los artículos 16 y 362 o 371 y siguientes del estatuto penal, y porque se aplicaron e interpretaron mal los artículos 198, 224, 268 y 431 del estatuto procesal penal, y al enunciarlos, resume los mismos fundamentos que —precisamente— adujo al invocar la causal cuarta.

Analizados y objetados, como ya lo fueron, en la sección anterior de este fallo, no pueden ser materia de nuevo estudio; se añade, eso sí, que las normas procesales —como el señor Procurador Delegado lo anota— no son de aquellas cuya violación comprende la causal primera.

La ley penal, por lo tanto no fue erradamente interpretada ni indebidamente aplicada.

III — CONCLUSIONES Y FALLO

Del análisis que acaba de hacerse, se deducen las siguientes conclusiones:

a) El Tribunal Superior de San Gil no incurrió

en error relativo a la denominación jurídica del delito, y por lo tanto no dictó sentencia sobre un juicio viciado de nulidad procedimental;

b) El Tribunal Superior, al aplicar los artículos 17 y 363 del Código Penal, con exclusión de los que el recurrente anota, no violó la ley penal, y

c) Las causales primera y cuarta alegadas no fueron fundadas en derecho, por lo cual el recurso no puede prosperar.

En consecuencia, 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, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 26 de marzo de 1943, por la cual condenó a Joaquín Velasco, a la pena de quince años de presidio, por el delito de homicidio frustrado en la persona de su legítima esposa Elvira Téllez, cometido el día 22 de marzo de 1939, en el Municipio de Albania, Departamento de Santander.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty—Julio E. Argüello, Secretario.

LA ANOMALIA PSIQUIÇA COMO BASE DE APLICACION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

I — La condición a que está subordinada la aplicación de medidas de seguridad, tales como el internamiento en manicomio criminal o anexo psiquiátrico, es que a tiempo de cometer el delito el trasgresor padezca de anomalía psíquica, que ésta sea grave, y que el jurado así lo haya declarado.

II — Hay diferencia entre la grave anomalía psíquica y las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por circunstancias orgánicas transitorias en que se haya cometido el delito, pues si aquélla es circunstancia modificadora de la responsabilidad, la otra es circunstancia de menor peligrosidad.

III — La falta de ilustración sólo es circunstancia de menor peligrosidad en cuanto haya influído en la ejecución del delito.

IV — La facultad de dictar autos para mejor proveer en el procedimiento del recurso de casación, fue abolida en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

V — Los Tribunales no pueden imponer medidas de seguridad en vez de penas cuando el jurado desechó las circunstancias que hubieran podido fundar las primeras, y al proceder así, no incurren en violación de la ley penal sustantiva.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, junio trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Roberto Trujillo Flórez recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, del ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, que lo condenó con aplicación de los artículos 33 (incs. 1 y 3), 37, 39, 363 (incs. 2, 5 y 7) y 372 del estatuto penal, a la pena de veinticuatro años de presidio, como autor de los delitos de asesinato en la persona de Esteban Cifuentes y de lesiones personales en su esposa Carmen de Cifuentes, cometidos en concurso material, en la mañana del ocho de diciembre de mil novecientos treinta y nueve en la ciudad de Palmira.

El recurrente —tanto en la solicitud de admisión del recurso como en la demanda de casación— sin hacer referencia alguna a las normas pertinentes y sin precisar las causales que invoca, impugna la sentencia por los motivos siguientes:

a) El Tribunal Superior le impuso una pena en vez de una medida de seguridad;

b) El Tribunal Superior omitió considerar las circunstancias de menor peligrosidad acreditadas en el proceso, y

c) El veredicto del jurado es contradictorio.

Separadamente estudia la Corte estos motivos que, en el fondo, están comprendidos dentro de las causales primera y séptima del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no sin antes resumir los motivos y modalidades de la infracción imputada a Trujillo y las actuaciones procesales que fundaron la sentencia.

I — La infracción y el procedimiento

Los motivos del delito son imprecisos, aparte de la amenaza que Trujillo Flórez hizo ante algún testigo, contra Esteban Cifuentes, porque éste —que parece litigaba en los Juzgados Municipales— no lo había defendido en el sumario iniciado contra Trujillo Flórez en el Juzgado de Pradera, acusado de haber cometido un delito de estafa, no obstante que oportunamente él obtuvo la libertad provisional con fianza, de la cual gozaba hacía días.

Sin que aparezca otra explicación en el proceso, en la mañana del domingo ocho de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, Roberto Trujillo intempestivamente penetró a la casa de Cifuentes —que en aquellos momentos desprevenido se bañaba el cuerpo en el patio de su casa— y lo atacó a cuchillo hasta que ya en la calle, a la cual Cifuentes corrió perseguido para defenderse de la agresión, lo ultimó; y a su esposa Carmen, que quiso intervenir en defensa de Esteban, la atacó a palo y le produjo lesiones que le produjeron una incapacidad de quince días.

Como en su indagatoria, Roberto Trujillo afirma que entre sus ascendientes y hermanos había

habido locos y, además, demostrara —simuladamente o no— algunas ideas delirantes, como la de haber ido a la Alcaldía a dar denuncio contra un médico porque pretendía envenenarlo con una inyección, y otras análogas, el funcionario instructor solicitó el examen psiquiátrico del recurrente.

"No creemos —dijeron los médicos legistas en la última parte de su dictamen— que Roberto Trujillo Flórez haya sido un enajenado mental en tiempos anteriores al hecho delictuoso que se le sindica; que posteriormente ha sido y es un simulador en quien por causa de su temperamento, de su simpaticotonía y de su auto-sugestibilidad, se observa que sufre una manía simple, o sea una excitación maníaca del Profesor Regis subaguda, que al comprobarse la inexistencia de una herencia psicopática podría ser de carácter permanente, pero que en la actualidad puede considerarse como curable".

El Juez Superior propuso al Jurado las siguientes cuestiones:

a) Los hechos materiales (muerte de Cifuentes y lesiones en su esposa);

b) El propósito de matar y herir, respectivamente;

c) La comisión del homicidio en circunstancias de indefensión e inferioridad;

d) La sevicia en el ataque;

e) La premeditación acompañada de motivos innobles y bajos; y

f) La comisión de los delitos en estado de grave anomalía psíquica.

El Jurado contestó afirmativamente todas las cuestiones, menos la última que negó por unanimidad.

En este veredicto fundó el Tribunal Superior su sentencia por la cual condenó a Trujillo a la pena máxima de veinticuatro años, con aplicación de las siguientes normas penales:

a) Artículo 363 (incisos 2, 5 y 7), que sanciona el homicidio, en la figura de asesinato, con la pena de 15 a 24 años de presidio;

b) Artículo 33, que ordena aumentar hasta en otro tanto la pena del delito más grave, cuando el sentenciado ha cometido conjuntamente otros delitos juzgados en el mismo proceso;

c) Artículo 39, que sólo autoriza la aplicación del máximum de la pena cuando únicamente concurren circunstancias de peligrosidad, y

d) El artículo 372, que sanciona con dos a diez y ocho meses de arresto la lesión que produce enfermedad o incapacidad de quince días.

II—VIOLACION DE LA LEY PENAL

En la sentencia se violó la ley penal —según el recurrente— por dos motivos: primero, porque en virtud de su grave anomalía psíquica ha debido aplicársele, en vez de la pena, una medida de seguridad; y segundo, porque se le aplicó el máximo de la pena sin consideración a las circunstancias de menor peligrosidad; motivos éstos alegados que la Corte —en seguida— estudia separadamente.

a) La grave anomalía psíquica

Amplio fue el debate —durante las instancias— sobre la posible perturbación psíquica sufrida por Trujillo, y tanto los médicos legistas como el médico de la Cárcel de Cali, registraron anomalías mentales, sin que de sus conceptos pueda deducirse, como lo determina el artículo 29 del estatuto penal, que al tiempo de cometer el delito Trujillo se hallara en cualquiera de los estados allí previstos; aún más, se limitaron los primeros a manifestar la no creencia de que el recurrente sufriera antes de enajenación mental y a afirmar que, después, sólo ha sido un simulador, aunque atacado de una manía simple, curable si no se comprueba que proviene de una herencia psicopática.

No cree la Corte, sin embargo, que el peritazgo médico-legal se acomode a la técnica requerida que en él ha debido seguirse, ni que tan delicada prueba se haya practicado en la forma ordenada por el estatuto procesal penal; omitió el Juez, evidentemente, formular a los peritos las cuestiones a que hace referencia el artículo 263, entre ellos el relativo a si en el momento del delito Trujillo padecía de grave anomalía psíquica, omisión en que también incurrieron las partes, sin que ninguna de éstas, dentro del tiempo fijado por la ley, hubieran objetado el dictamen, y sobre el cual —apreciado como verdad científica— fundó el jurado su veredicto negativo y su sentencia el Tribunal.

No declarado —en consecuencia— notoriamente injusto el veredicto por la no aceptación de la grave anomalía psíquica, no puede afirmarse que se haya violado la ley penal, con tánto mayor razón cuanto que —conforme a datos del proceso— Trujillo guardaba contra Cifuentes un sentimiento hostil, de represalia, porque no lo había defendido bien en el sumario que se le seguía en Pradera, hecho que —añadido a la ame-

naza formulada ante algún testigo contra la víctima— relieva ya un propósito que descarta la posibilidad de la perturbación psíquica en el momento del delito, al menos en la forma grave que exige el artículo 29.

Aspecto diferente, como luego se dirá, es el que se relaciona con la anomalía que el Procurador anota, pero ya considerado como circunstancia de menor peligrosidad.

Es cierto que —posteriormente a la sentencia— Trujillo Flórez ha tenido, según el médico de la Cárcel de Cali, manifestaciones psicopáticas de alguna gravedad que obligaron su traslado a Bogotá para su estudio por la Oficina Central de Medicina Legal; pero ello, únicamente, para los efectos de los artículos 98 y 99 del Código Penal y 563 del de Procedimiento Penal, ya que —conforme a la nueva legislación— la Corte no tiene facultad para solicitar, mediante auto para mejor proveer, un nuevo concepto médico-legal cuyo resultado pueda influir en la decisión del recurso.

b) Omisión de circunstancias de menor peligrosidad

Ni en los autos de proceder, ni en las sentencias, se halla referencia alguna seria a las circunstancias de menor peligrosidad que pudieran favorecer al sindicado: Fiscales, Jueces, Magistrados coinciden todos en que Trujillo, presenta caracteres de máxima peligrosidad.

El Juez Superior, en el último "resultando", después de comentar la conclusión a que llegaron los médicos-legistas ya transcrita, dice: "Pero esto mismo, y la misma atrocidad del crimen, **y la ausencia de toda circunstancia de menor peligrosidad** (se subraya), claman que se trata de un delincuente de tendencia seguramente ingénita y sumamente peligroso. En efecto, el tiempo, el lugar y el modo de ejecución del delito de homicidio, demuestran en él una mayor insensibilidad moral. Y si no se le cargan otras circunstancias de mayor peligrosidad, es porque las otras que pudieran imputársele se tuvieron en cuenta como modificadoras del delito de homicidio. No obstante, esto sólo basta para concluir que la peligrosidad del procesado linda y casi se identifica con el sumum de la temibilidad".

El funcionario mismo en el penúltimo "considerando", al estudiar la peligrosidad del sindicado como base para el aumento de la pena, expone: "Para esto precisa recordar lo que se dijo acerca de la peligrosidad del procesado y tener presente que de manera especial gravita contra él la circunstancia 6ª de mayor peligrosidad prevista en el artículo 37 del Código Penal. Vale decir, que su peligrosidad se acerca a la mayor y que no es acreedor ni al mínimo ni al máximo de la sanción señalada en el artículo 363 **ibidem,** sino a una pena que debe fluctuar entre esos límites y que se habrá de aumentar en forma que totalice sólo veinticuatro años de presidio para cumplir así con lo dispuesto en el citado artículo 33".

El recurrente —en uno de sus memoriales a la Corte— afirma que "se le aplicó el máximum de la pena señalada en el Código respectivo, no habiéndose tenido en cuenta que sí existen circunstancias atenuantes en su favor, tales como su absoluta ignorancia siendo analfabeto, su extremada pobreza, etc., todo lo cual —dice— será bastante para que la Corte reforme la sentencia casada (sic)".

Trujillo Flórez impugna la sentencia —como se deduce de la anterior transcripción— porque el Tribunal omitió la consideración de circunstancias de menor peligrosidad, entre ellas la falta de ilustración y otras que, aunque no menciona expresamente, sí comprende dentro de la usada fórmula gramatical —**et coetera**— cuando en vez de enumerarse la totalidad de hechos que abarca una idea, expresa parte de ellos y subentiende el resto.

La falta de ilustración aquí invocada, carece del elemento indispensable para que pueda ser tenida como circunstancia de menor peligrosidad, es decir, que haya influído en la ejecución del hecho, con tanta mayor razón que —según afirmaciones hechas en el proceso— Trujillo Flórez había prometido ultimar a Cifuentes para sancionar, en esta forma, lo que aquél creyó incumplimiento de los deberes de defensor en el proceso que al recurrente se le seguía por delitos contra la propiedad en el Municipio de Pradera. No existe, pues, la relación entre la falta de ilustración y el delito, que el numeral 11º del artículo 38 presume.

Pero en favor de Trujillo sí puede considerarse una circunstancia de menor peligrosidad que el artículo 40 del estatuto penal permite tener en cuenta: "las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por circunstancias orgánicas transitorias", y que el Procurador Delegado esbozó

sin referencia alguna a la individualización del procesado.

"Es verdad —dice aquel funcionario— que leyendo la exposición de los médicos legistas de Cali y el certificado del médico de la Cárcel de ese lugar, se descubre la posibilidad de que el procesado sea víctima de una constitución psicopática, la hiperemotiva, constitución que se caracteriza por una grande impulsividad y por reacciones huracanadas, casi reflejas, que guardan una desproporción notable con el estímulo que obra sobre el sujeto. Esos psicópatas vibran desmesuradamente en intensidad y duración, sin poder controlar la descarga emocional que los embarga".

El médico de la Cárcel de Cali —en efecto— sostiene que Trujillo Flórez es un retrasado mental a consecuencia de una anemia cerebral sufrida desde mucho tiempo antes, causa a la cual también atribuye la hiperemotividad de su temperamento.

Sin que sea el caso de analizar la posible relación entre la anemia cerebral y el retraso mental de un lado y la hiperemotividad por el otro, de competencia de los peritos médicos, es inobjetable que Trujillo Flórez, al tiempo de cometer el delito se hallaba en condiciones de inferioridad psíquica determinadas por aquella circunstancia orgánica transitoria, que si no es hoy suficiente para catalogarla como grave anomalía psíquica, sí para considerarla como atenuante o de menor peligrosidad.

A Trujillo Flórez —en consecuencia— se le puede reconocer la circunstancia de menor peligrosidad del numeral 12 del artículo 38 del estatuto penal en relación con el artículo 40 del mismo; y si el Tribunal Superior, de acuerdo con los artículos 159 (Ord. c del numeral 5º) y 499 del estatuto procesal penal, se abstuvo de aplicarlas, infringió la ley penal por indebida aplicación de la misma, y por este motivo prospera la causal primera.

III—VEREDICTO CONTRADICTORIO

El recurrente no precisa por qué razón el veredicto es contradictorio, es decir, entre cuáles de las cuestiones respondidas por el Jurado afirmativamente existe la contradicción u oposición que la ley exige para que esta causal pueda prosperar; más bien parece, al penetrar en el contenido de la objeción, que Trujillo Flórez quiso sugerir a la Corte la posibilidad de una contradicción entre el veredicto y los hechos acreditados en el proceso, fundado en que el Jurado no aceptó la existencia de la grave anomalía psíquica que el recurrente cree fue afirmada por los médicos legistas de Cali y desechada por el Tribunal.

Pero estudiado este punto en las instancias y afirmado en ellas que no existe la injusticia notoria del veredicto que, en caso contrario, hubiera podido fundar la declaración respectiva y la convocatoria a nuevo Jurado, la Corte no puede considerarla por cuanto dicha causal fue excluída del recurso de casación en el nuevo estatuto procesal penal.

IV — DECISION DEL RECURSO

El recurso —como se ha expuesto— prospera en cuanto a que a Trujillo Flórez se le aplicó el máximo de la pena por causa de la omisión de la circunstancia de menor peligrosidad que, acreditada en el proceso, obliga a una modificación equitativa.

A Trujillo Flórez —por lo tanto— le son aplicables los arts. 33 (incisos 1 y. 3), 37 (numeral 6º), 38 (numeral 12), 363 (numerales 2, 5 y 7) y 372 (inciso 1º).

La pena total que Roberto Trujillo Flórez debe cumplir por los delitos a él imputados, es la de diez y siete años de presidio y en este sentido habrá de dictarse la correspondiente sentencia.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y visto el concepto del Procurador Delegado,

Resuelve:

a) Infirmar la sentencia del Tribunal Superior de Cali —como en efecto la infirma— por la cual condenó a Roberto Trujillo Flórez, por los delitos de asesinato en Esteban Cifuentes y lesiones personales en Carmen de Cifuentes, cometidos en concurso material, a la pena de veinticuatro años de presidio;

b) Condenar a Roberto Trujillo Flórez, por los mismos delitos y en las mismas personas, a la pena de diez y siete años de presidio, y

c) Confirmarla en cuanto a la multa, las penas accesorias y la indemnización de perjuicios, con la advertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicos es por el término de diez y siete años.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola — Domingo Sarasty — Guillermo Morales P. Conjuez—**Julio E. Argüello,** Secretario.

HOMICIDIO INTENCIONAL.—SEGUNDA CAUSAL

El recurso de revisión no es procedente cuando se interpone contra resoluciones dictadas por los Jueces de Policía, las cuales no tienen el carácter de sentencias definitivas.

e Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco.

gistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

n memorial de abril 24 de 1945, Arturo Bernández interpone ante la Corte recurso evisión contra la providencia dictada por la fectura Judicial de Bogotá, en la que se le uso la pena de cinco años de colonia penal cola, catalogándolo como maleante, de conformidad con el estatuto de la Ley 48 de 1936.

stima la Sala que se encuentra inhibida, en caso, para adelantar la tramitación y conociento del negocio, por las siguientes consideones:

stablece el artículo 571 del Código de Procediento Penal, que el recurso de revisión sólo procedente, cuando se interpone contra sencias ejecutoriadas. Es decir, si la providencia reviste ese carácter, ella no es susceptible de sión.

ntencia, en materia penal, es la providencia finaliza el proceso en sus dos etapas: sumay juicio. Su existencia está condicionada al amiento de un hecho que la ley penal ha eri- en delito, no en una simple contravención, pronunciamiento lo hacen los funcionarios Organo Judicial y no los del ramo adminis-vo.

as resoluciones dictadas por los Jueces de Po- o de prevención, con fundamento en las disposiciones de la Ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros, no revisten en ningún caso el carácter de sentencias. Este estatuto no es represivo, sino preventivo, pues no contempla ni sanciona ningún delito, sino simplemente estados antisociales o de peligrosidad. Si el recurso de revisión se ha instituído contra las sentencias ejecutoriadas, dictadas por Juzgados o Tribunales en negocios de su competencia, él no es procedente cuando se interpone contra resoluciones administrativas.

En cuanto a la tramitación, la Corte ha dicho:

"Ante una demanda de revisión procedente al tenor de esta ley, incumbiría al Magistrado sustanciador encauzar el trámite respectivo; pero cuando ello haya de resultar inocuo por tratarse de asuntos extraños a dicho recurso —el de revisión— debe la Sala desechar de una vez el pedimento, a fin de no dar pábulo a la prosecusión de acciones vanas".

Y como este es el problema planteado en las diligencias formuladas por Arturo Bernal Hernández, éstas deben ser terminadas, porque la revisión sólo es procedente para los fallos judiciales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **declara que carece de atribuciones** para conocer del recurso de revisión propuesto por Arturo Bernal Hernández contra la providencia dictada por la Prefectura Judicial de Bogotá, que le impuso la pena de cinco años de colonia penal y agrícola, con apoyo en la Ley 48 de 1936.

Notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Francisco Bruno — Jorge E. Gutiérrez — Agustín Gómez Prada — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

HOMICIDIO INTECIONAL. SEGUNDA CAUSAL

La Corte ha resuelto en numerosos fallos que la causal segunda no puede tener aplicación en los procesos en que interviene el Jurado, porque sería tanto como volver al examen de pruebas plenamente validadas para los jueces de conciencia y concluír en la injusticia notoria del veredicto, que no es causal de casación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Juzgado segundo superior del distrito judicial de Cali condenó a Lucio Cortés Popó a sufrir la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Moisés Diago (fls. 132 del cuaderno principal).

El tribunal superior del mismo distrito, en sentencia de 18 de diciembre de 1943, confirmó el fallo de primera instancia (fls. 139 a 141 ibídem).

Contra esta sentencia interpuso el reo el recurso de casación, alegando las causales primera, segunda y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para mejor inteligencia del estudio que se hará en seguida, conviene hacer un relato de los acontecimientos que dieron origen al proceso penal, relato que hace así la Corte:

El 22 de marzo de 1941, en las horas de la noche, bailaban varias personas en la casa de Purificación González, de la población de Timba, departamento del Valle. A eso de la media noche Lucio Cortés Popó, en compañía de Aura María Andrade, penetró a una cantina situada en la vecindad, con el fin de tomarse una cerveza. Estando en eso, llegó a la misma cantina Moisés Diago, que requería de amores a la Andrade, la llamó hacia la calle y habló con ella, parece que reclamándole el hecho de que estuviera con Cortés Popó. Pasado un corto lapso, Diago volvió a penetrar a la cantina y manifestó su disgust según dice Aura María, la tomó del brazo sacarla de aquel sitio. Jesús Mosquera, que ahí estaba, intervino para evitar que el asunt mara mayores proporciones, pero nada obt pues Cortés Popó, sacando un punzón que c go llevaba, le causó a Diago tres heridas, do el pecho y otra en el abdomen, una de las cu le rompió la vena cava superior y le produj muerte.

Se procede, pues, al estudio de las causale casación invocadas por el procesado Cortés P

Causal primera: "Cuando la sentencia sea latoria de la ley penal, por errónea interpreta o por indebida aplicación de la misma".

Considera el recurrente que el juzgador de tancia no tuvo en cuenta:

a) Ni la causal de excusa de la legítima fensa, al menos subjetiva, en que se hallaba c do hirió a Diago (artículo 25 del Código Per

b) Ni el estado de ira o intenso dolor en se encontraba, por una provocación grave e justa (artículo 28 ibídem);

c) Ni la riña imprevista que surgió entr y su víctima (artículo 384 ibídem).

Con razón critica el ministerio público este tema de plantear situaciones diferentes, "com en realidad el ánimo del delincuente hubiera a vesado diversas etapas, inspiradas por intenci también distintas". Tanto más cuanto que en caso esas situaciones envuelven contradicc como que la legítima defensa justifica el he en tanto que en los delitos cometidos en riñ en estado de ira o de dolor hay que admiti antijuridicidad de los mismos, si bien atenu por esas circunstancias.

Resulta explicable que en las instancias y, bre todo, ante el jurado, se propongan dive soluciones alternativas o subsidiarias para éste en su soberanía escoja la que aprecie adecuada a la realidad procesal. Pero no cons la naturaleza del recurso de casación el em del mismo sistema, comoquiera que el recurr tiene que indicar y probar una tesis precisa y

inada que lleve a la infirmación del fallo.
jando de lado esa consideración, pasa la Cor-
hacer el análisis de las cuestiones que le han
propuestas, así:
sentencia del tribunal confirma la del juz-
y ésta, a su vez, tiene como fundamento el
dicto de los jueces de hecho, que declaró a
o Cortés Popó responsable de un homicidio
ncional, del cometido en la persona de Moi-
Diago en las circunstancias ya conocidas. Ese
dicto fue pronunciado después de un largo
te público dentro del cual alegó el defensor
reo las tres tesis que ahora plantea ante la
e, o sea, la legítima defensa siquiera subje-
el estado de ira o de intenso dolor causado
grave e injusta provocación o el haber sido
etrado el delito dentro de una riña impre-
.
que ese veredicto tiene un fuerte respaldo
esal, se demuestra en la sentencia recurrida,
cita algunos apartes del auto de proceder del
ado, en el que se establecen estos hechos, que
eban que no actuó el victimario en ninguna
as situaciones en que pretende colocarse:
) En su primera indagatoria Lucio Cortés
ó no dice que Moisés Diago lo hubiera inju-
o en ninguna forma;
Aura María Andrade no oyó expresión in-
osa contra el victimario de parte de la vícti-

Según la Andrade y Jesús Mosquera, el dis-
o entre los protagonistas del crimen versó
re el hecho de hallarse aquélla con Cortés
ó, hecho que la citada mujer quiso explicar
endo ser éste su primo hermano y por eso ha-
se en su compañía;
Hubo un cambio de violencias reales, pero
una riña imprevista;
Cortés Popó mismo dice que él no sintió ira
sgrimir su arma contra Diago, que tampoco
o matarlo, que sólo pretendía retirarlo de sí,
hallarse "muy apretado y muy estropeado".
estigo Mosquera agrega que Cortés Popó obró
el hecho con serenidad;
Mosquera, Alfonso Lucumí Ramos y Gerardo
edo niegan que éste último hubiera estado
sente coadyuvando al ataque de que Cortés
ó dice que fue víctima.
ay que concluír, por tanto, que hay una es-
ta concordancia entre la sentencia del juez de
echo y el veredicto del jurado. Y habiéndose-
plicado al reo el mínimo señalado por la ley para el homicidio intencional, por no estar demostradas circunstancias que impliquen mayor peligrosidad en el agente forzoso es concluír que la ley penal no fue interpretada de manera errónea ni aplicada indebidamente.

Tal es también la opinión de la Procuraduría.

No prospera, pues, la causal primera de casación.

Causal segunda: "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".

"Se me ha imputado un homicidio puro y simple, sin atenuaciones ni agravantes —dice el recurrente—. Y esto porque se le ha negado a los hechos el valor que tienen.

"Si a mí se me reconoce como debe hacerse el estado de peligro creado subjetivamente por el ataque de Diago en conjunción con Caicedo, a la prueba tiene que reconocérsele su valor objetivo suficiente para constituírme en aquel estado y granjearme la justificación del artículo 25 del Código Penal.

"Lo mismo acontece si se reconoce el mérito de la prueba de los hechos provocadores que crearon en mí el estado de ira. Imposible desconocer la existencia de esta prueba puesto que de ella hablan los testigos presenciales y por consecuencia negar la fuerza que tiene para poderme reconocer la atenuante.

"Y en cuanto a la riña imprevista nada más demostrada procesalmente esta figura, como que el mismo juez y el mismo tribunal la reconoce, sólo que negándole su efecto jurídico penal".

Como se ve, quiere el recurrente que se reconozca en casación que obró por legítima defensa, o en riña imprevista, o en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación. Pero no indica cuáles son las pruebas precisas y determinadas que sustenten sus alegaciones, que, como ya se apuntó, son contradictorias.

Por otra parte, ya en las instancias se discutieron ampliamente esas situaciones, como también

se dejó anotado, y la sentencia se funda en un veredicto que cuenta con poderoso respaldo procesal. Siendo así, no puede entrar la Corte a estudiar hechos y cuestiones resueltos por el jurado según su íntima convicción, porque ello convertiría la casación en una tercera instancia. La Corte ha resuelto en numerosos fallos que la causal segunda no puede tener aplicación en los procesos en que interviene el jurado, porque sería tanto como volver al examen de probanzas plenamente validadas por los jueces de conciencia y concluír en la injusticia notoria del veredicto, que no es causal de casación.

No prospera, por tanto, la causal segunda invocada.

Causal quinta: "Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

"Por no haberse expresado clara y terminantemente los hechos que se consideraron probados —alega Cortés Popó— no se deslindaron los cargos de los descargos, y por eso no se estudió a fondo la justificación o la atenuación que viniera a favorecerme".

Pero que eso no es exacto, se deduce claramente de la lectura del fallo recurrido, en el cual, después de una relación sucinta de los acontecimientos y de los hechos que acreditan la materialidad de la infracción, se dice que no están demostradas ni la causal de legítima defensa, ni las otras dos de atenuación, presentando las pruebas que respaldan esas conclusiones, en el capítulo que allí se denomina "Elementos de acrim ción". No se enumeraron esos hechos, com ordena el artículo 159 del Código de Procedim to Penal; pero eso apenas constituye una irr laridad de carácter formal, supuesto que el sado sí supo por qué se le condenó, en forma ra y precisa.

Siendo así, sería un exceso de formulismo validar un fallo por no haberse enumerado hechos que se consideran probados, si cont una relación de los que acreditan la existenci la infracción y la responsabilidad de su a aunque sea defectuosa, como lo ha sostenid Corte y lo recuerda el ministerio público.

No prospera tampoco, por consiguiente, la al invocada.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Supr sala de casación penal, de acuerdo con el cepto del ministerio público y administrando ticia en nombre de la República y por autor de la ley, NO INVALIDA la sentencia de di ocho de diciembre de mil novecientos cuaren tres, dictada en este proceso y que ha sido ob del recurso de que se ha venido hablando.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expedi

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—J E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez — mingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Sric ppdad.

HOMICIDIO-ASESINATO—AUTO DE PROCEDER EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO—EMBRIAGUEZ EN EL MOMENTO DE EJECUTAR EL HECHO DELICTUOSO—CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

1.—Si en los juicios en que interviene el Jurado es el veredicto el fundamento de la sentencia, y si éste es la norma que sirve al juzgador para imponer la sanción, la pena se aplica correctamente cuando es el resultado de lo expuesto en el auto de proceder y de las afirmaciones hechas por los miembros del Jurado. Si en el llamamiento a juicio se imputó al procesado la comisión de un delito de homicidio agravado —asesinato— y si los jueces de hecho respondieron afirmativamente a la correspondiente pregunta del cuestionario, el fallador debe aplicar la pena en concordancia con el veredicto.

2.—La embriaguez, dentro de nuestro sistema penal, no es motivo que permita excusar la responsabilidad ni justificar el hecho; ella sólo sirve para considerarla como circunstancia de menor peligrosidad, cuando es voluntaria y cuando el agente no ha podido prever las consecuencias delictuosas.

3.—El artículo 363 del Código Penal denomina asesinato al homicidio AGRAVADO o CALIFICADO, cuando se ejecuta con el propósito de matar y en concurrencia de una o de algunas de las condiciones señaladas en los numerales del citado artículo. Estas circunstancias no constituyen modalidades, accidentales o accesorias del homicidio denominado asesinato, pues son elementos constitutivos y específicos que determinan su naturaleza, separándolo del homicidio simplemente intencional. Por ser cualidades esenciales o de sustancia para la integración del homicidio-asesinato, se hallan contempladas en la parte especial del Código Penal donde se señalan los hechos necesarios e indispensables para fijar la tipicidad de cada delito. En la parte general del Código, artículo 37, se hace una enumeración de las circunstancias de mayor peligrosidad, aplicables a todos los delitos en general; pero cuando estas modalidades están previstas en la parte especial como modificadoras, o como elementos constitutivos de un delito, el juzgador no puede tenerlas en cuenta para agravar la pena. Las modalidades del citado artículo son accesorias o acompañan a todo delito; pero si todas o algunas de esas condiciones se puntualizan en la disposición especial de la ley penal, ya no son cualidades accesorias sino elementos integrantes y esenciales del delito.

Si en la sentencia, y para imponer la sanción, se tienen en cuenta los diversos elementos específicos del delito, ellos no pueden valorarse, a la vez, como circunstancias de mayor peligrosidad para reagravar la pena, por cuanto ya están previstas en la parte especial como factores constitutivos del delito.

4.—Condenaciones judiciales o de policía no pueden ser otras que las emanadas del Organo Judicial o de las autoridades policivas; las primeras se dictan en los procesos criminales como resultado del juicio, y las segundas son las que reprimen las contravenciones, estados predelictuales o antisociales de los vagos, maleantes y rateros.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, junio quince de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, confirmó la providencia emanada del Juzgado Superior de Cúcuta, por la cual se condena a Víctor Moncada Suescún a la pena principal de veinticuatro años de presidio y a las accesorias consiguientes, como responsable de un delito de homicidio-asesinato, agotado en la persona de Tomás Jaimes Vera.

Contra esa sentencia, el procesado Víctor Moncada Suescún, en memorial de 10 de julio de 1944, interpuso recurso de casación, que fue concedido oportunamente por el Tribunal Superior de Pamplona. Admitido el recurso, formulada la correspondiente demanda y obtenido el concepto del Procurador, se procede a su estudio.

Antecedentes

El seis de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, Tomás Jaimes Vera viajaba en el ferrocarril

que de la estación "Guayabal" conduce a Cúcuta. Al subir al tren, Víctor Moncada Suescún, quien se hallaba en estado de embriaguez, le dirigió a Jaimes Vera estas expresiones: "Viejo muérgano, abajo los aranguistas, hijo de puta". El ofendido no reaccionó ante el ultraje, antes por el contrario, le respondió: "bueno está bien, está bien".

En las diversas estaciones donde se demoraba el tren, Moncada Suescún ingería licor, motivo que dio margen a la advertencia que le hiciera Pedro Canal a Jaimes Vera: "Bueno don Tomás, hay que tener cuidado con estos borrachos porque son impersonales". Al llegar el ferrocarril a su destino, Jaimes Vera abandonó el tren y cuando ya había pasado la verja de la estación, súbitamente fue atacado por Moncada Suescún, quien le propinó una puñalada en la cavidad de la "axila derecha", dejando el arma clavada en el cuerpo de Vera, lesión que, instantes después, le causó la muerte. El agresor emprendió la fuga, pero posteriormente fue capturado por un agente de la policía municipal.

El diez y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, el Juzgado Superior de Cúcuta llamó a responder en juicio criminal a Víctor Moncada Suescún por el delito de homicidio —agravado—, y en la parte motiva de esta providencia se dijo que el hecho realizado por el procesado revestía circunstancias de asesinato. El Tribunal confirmó el auto del Juzgado y reafirmó la apreciación de que el hecho imputado era el de un homicidio denominado asesinato.

Los jueces de conciencia contestaron afirmativamente el cuestionario, integrado por cuatro preguntas: La primera, relativa a la realización material del hecho; la segunda, al propósito o intención de matarlo; la tercera y la cuarta, sobre elementos constitutivos o específicos del homicidio-asesinato. Fundado en el veredicto emitido por el Jurado, el Juzgado condenó al procesado a la pena de veinticuatro años de presidio, sentencia que fue confirmada por el Tribunal sin modificación alguna.

Demanda de casación

Invoca el recurrente como causales de casación las determinadas por los numerales 2º y 1º del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.—Funda esta causal en la errada apreciación de los hechos, para deducir que el Tribunal les negó el valor que ellos tenían como elementos modificadores de la responsabilidad, toda vez que no se tuvo en cuenta el estado de embriaguez absoluta, que obnubiló sus facultades mentales, pues esta modalidad no da lugar a que se califique el homicidio como asesinato, sino como homicidio simplemente intencional.

Se considera:

En el auto de proceder se dijo que el delito cometido por Víctor Moncada Suescún en la persona de Tomás Jaimes Vera, era el de un homicidio con circunstancias de **asesinato**, aduciendo como tales las determinadas en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal. El Tribunal conceptuó, en el auto confirmatorio, que el actor obró en forma inopinada, violenta e injusta, mediante circunstancias que colocaron a la víctima en condiciones de inferioridad y desapercibimiento.

Si en los juicios en que interviene el Jurado, el veredicto es el fundamento de la sentencia, y si éste es la norma que sirve al juzgador para imponer la sanción, la pena se aplica correctamente cuando es el resultado de lo expuesto en el auto de proceder y de las afirmaciones hechas por los miembros del Jurado. Si en el llamamiento a juicio se imputó al procesado la comisión de un delito de homicidio agravado —asesinato— y si los jueces de hecho respondieron afirmativamente a la correspondiente pregunta del cuestionario, el fallador debe aplicar la pena en concordancia con el veredicto, y no como lo sugiere el recurrente, porque en el auto de proceder no se tuvo en cuenta ninguna modalidad específica que atenúe el delito de homicidio en su categoría de asesinato.

Alega el recurrente que el "estado de absoluta embriaguez", cuando cometió el hecho, da margen a modificar la responsabilidad y aplicar como sanción la pena determinada por el art. 362 y no la del 363 del C. P. Existen en el proceso varias declaraciones de que Moncada Suescún, cuando ejecutó el ilícito, se encontraba en estado de embriaguez, pero ésta, dentro de nuestro sistema penal, no es motivo que permita excusar la responsabilidad, ni justificar el hecho; ella sólo sirve para considerarla como circunstancia de menor peligrosidad, cuando es voluntaria y cuando el agente no ha podido prever las consecuencias delictuosas.

La embriaguez que se alega no es procedente para catalogar el hecho en el precepto punitivo del artículo 29 del Código Penal, porque el agente al cometer el ilícito no estuvo en estado de

najenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol". La fuga realizada después e perpetrado el acto y la intervención de varias ersonas para efectuar la captura, indican claranente que no se operó en el procesado el estado e inconciencia alegado por el defensor en las auliencias. Ateniéndose a estas pruebas y a otras ue figuran en las diligencias procesales, el Jurado negó la tesis de la defensa y contestó afirmaivamente las preguntas del cuestionario.

"Aún estando plenamente establecido que el rocesado no cometió aquí un asesinato —que en ealidad sí cometió— la tacha sería contra el veedicto del Jurado, tema éste que incidiría en el ópico de la injusticia de el mismo". La Corte, en entencia de tres de noviembre de mil novecienos cuarenta y cuatro, dijo:

"Si el pensamiento de la comisión claramente reafirmado durante el debate sobre recursos de casación, fue excluír toda controversia sobre los hechos no declarados probados en la sentencia; si éstos no son otros sino los aceptados por el Jurado; si la contradicción entre los hechos y el veredicto —por ser únicamente atribuída a los falladores de instancia— no pueden considerarse en casación; y si la causal segunda conduce inevitablemente al examen jurídico de los hechos y al riesgo —en consecuencia— de convertir el fallo de casación en fallo de instancia, riesgo que la comisión deliberadamente quiso excluír para no desnaturalizar el recurso extraordinario, conclúyese lógicamente que aquella causal sólo puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicio en que el Jurado no interviene".

Por estas razones, la causal segunda carece de fundamento y no puede prosperar.

Causal primera.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Como fundamento de esta causal, el recurrente alega el hecho de que el Tribunal le impuso la pena máxima del artículo 363, y como disposiciones violadas, las de los artículos 36, 37, y 38 del Código Penal.

Si bien es verdad que el recurrente no hace un estudio detenido sobre esta causal, y que la demanda no se ciñe estrictamente a las condiciones determinadas por el artículo 531 del C. J., ello no obsta para que la Corte proceda a estudiar esta causal, cuando el recurrente invoca disposiciones penales sustantivas que considera violadas, por habérsele impuesto como sanción el máximo de la pena.

El artículo 363 del Código Penal denomina asesinato al homicidio **agravado o calificado**, cuando se ejecuta con el propósito de matar y en concurrencia de una o de algunas de las condiciones señaladas en los numerales del citado artículo. Estas circunstancias no constituyen modalidades accidentales o accesorias del homicidio denominado asesinato, pues ellas son elementos constitutivos y específicos que determinan su naturaleza, separándolo del homicidio simplemente intencional.

Por ser cualidades esenciales o de sustancia para la integración del homicidio-asesinato, se hallan contempladas en la parte especial del Código Penal, donde se señalan los hechos necesarios e indispensables para fijar la tipicidad de cada delito.

En la parte general del Código, en el artículo 37, se hace una enumeración de las circunstancias de mayor peligrosidad, aplicables a todos los delitos en general; pero cuando estas modalidades están previstas en la parte especial, como modificadoras, o como elementos constitutivos de un delito, el juzgador no puede tenerlas en cuenta para agravar la pena. Las modalidades del artículo citado son accesorias o acompañan a todo delito; pero si todas o algunas de esas condiciones se puntualizan en la disposición especial de la ley penal, ya no son cualidades accesorias sino elementos integrantes y esenciales del delito.

Si en la sentencia y para imponer la sanción se tienen en cuenta los diversos elementos específicos del delito, ellos no pueden valorarse, a la vez, como circunstancias de mayor peligrosidad para reagravar la pena, por cuanto ya están previstas en la parte especial como factores constitutivos del delito.

Como en las preguntas tercera y cuarta del cuestionario se contemplan los elementos específicos de la indefensión, la alevosía, motivos innobles o fútiles, puntualizados en los numerales 2º y 5º del artículo 363, es natural que esas mismas circunstancias, previstas para todo delito en la parte general, numerales 3º y 6º del artículo 37 del C. P., no pueden tenerse en cuenta para efecto de reagravar la pena, porque, en este caso, las primeras se confunden con las segundas.

Como el Tribunal Superior de Pamplona erró en la interpretación de esas disposiciones, la sentencia es casable por este aspecto.

En cuanto a las motivos determinantes y al estado de embriaguez, se considera pertinente lo que dice el Procurador Delegado en lo Penal:

"Cabe observar que si Moncada Suescún, procedió movido por la pasión política, ese factor psicológico no puede reputarse como un motivo determinante antisocial y bajo, desde luego que en los regímenes democráticos como el nuestro, los partidos políticos juegan un papel decisivo en la constitución y renovación de los órganos del poder público, aunque en el alma de los hombres prendan esas luchas una vehemencia incalculable y un fanatismo perjudicial. En tal virtud, si ese móvil en manera alguna disminuye la innegable gravedad del homicidio perpetrado por Moncada, tampoco puede sostenerse con acierto que dicho motivo sea de una bajeza tal que sirva para reagravar la responsabilidad del acusado en forma tan desmedida como el Tribunal lo apreció.

"El estado de embriaguez del acusado es otra de las circunstancias de mayor peligrosidad apuntadas por el juzgador. Puede apuntarse aquí, casi con seguridad, que la borrachera de Moncada fue la causa principal del homicidio, ya que él se mostraba belicoso con todo el que se encontraba en su paso. Eso lo hizo decir al testigo Pedro León Canal, dirigiéndose a la víctima: "bueno don Tomás, hay que tener cuidado porque estos borrachos son impersonales". Además el señor Jaimes Vera no conocía siquiera al procesado, lo que descarta en ellos cualquier antecedente de enemistad que explique el homicidio.

"Ahora bien, la embriaguez está tomada por el Código Penal en dos aspectos distintos: como circunstancia de menor peligrosidad cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas, y como elemento específico que modifica la sanción cuando se trata de alcoholismo crónico que produce en la personalidad del acusado una grave anomalía psíquica.

"Lo último no se puede admitir aquí, puesto que ni los juzgadores ni los jueces de conciencia reputaron la embriaguez como fuente de perturbación anímica para los efectos del artículo 29 del estatuto de los delitos y las penas, ni tampoco el examen médico legal que se le practicó a Moncada así lo establece; por el contrario, los peritos concluyeron que el acusado era una persona sana de mente y responsable de sus actos.

"En cambio el Tribunal sí incurrió en grave equivocación al tener como circunstancia de mayor peligrosidad la embriaguez aguda, siendo así que tal modalidad sólo está contemplada en el Código como índice de menor peligrosidad, y no de agravación. Y a este respecto debe anotarse que al tenor del artículo 40 del Código Penal, únicamente pueden computarse por analogía circunstancias favorables al reo; pero la analogía no puede extenderse a las agravantes, las cuales toman, por lo tanto, un aspecto taxativo y de rígida limitación en la forma en que las señala el artículo 37 de la misma obra.

"No resulta muy lógico y científico el Código en este sistema, pues no se ve la razón para que al Juez se le prive de la prudente libertad de fijar los elementos de agravación que tengan semejanza con los señalados por el artículo 37 mencionado, en busca de una adecuada y justiciera individualización de la pena, siendo así que esa libertad se le concede en lo atinente a las circunstancias de mayor peligrosidad. Pero como en esta materia es tan clara y rotunda la ley penal, hay que estar a ella mientras no sea derogada.

"De lo dicho resulta que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 37 del Código, puesto que en esa norma no se enumera la embriaguez como síntoma de mayor peligrosidad del delincuente".

Circunstancias de mayor peligrosidad

El fallador de primera instancia puntualiza como circunstancias de mayor peligrosidad para Moncada Suescún, las de "haber incurrido anteriormente, en condenaciones judiciales", y "haber obrado por motivos innobles o fútiles", en la comisión del delito. Y el Tribunal, en sentencia recurrida, refiriéndose a estas modalidades, dice que el procesado anteriormente había sido "sindicado y detenido por heridas. El haber obrado por motivos fútiles es una circunstancia indicadora de mayor peligrosidad".

La ley reputa como circunstancia de mayor peligrosidad, "el haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía"; pero no el hecho de haber sido sindicado como infractor de la ley penal o de policía. El artículo citado habla de condenaciones, y éstas no pueden ser otras que las emanadas del Organo Judicial o de las autoridades policivas; las primeras, se dictan en los procesos criminales como resultado del juicio; y las segundas, son las que reprimen las contravenciones, estados predelictuales o antisociales de los vagos, maleantes y rateros.

De las pruebas allegadas al proceso, no se puede deducir que Moncada Suescún hubiera sido condenado con anterioridad al delito por el cual se le juzga —como afirma el fallador—; sólo existe la constancia de que el procesado fue sindicado por la comisión de un delito de lesiones personales. Pero la simple sindicación no es circunstancia que revele mayor peligrosidad, porque el resultado de la acción penal no se ha traducido en un hecho concreto. En tal virtud, la sentencia, que considera esta modalidad como circunstancia de mayor peligrosidad, es violatoria de la ley penal.

Circunstancias de menor peligrosidad

El procesado acreditó su buena conducta, anterior al hecho por el cual ha sido penado, con las declaraciones de Saturnino Maldonado, Eleázar Gutiérrez, Lorenzo Ramírez, Juan Ramón Hernández y Tomás Buendía, quienes afirman que Moncada Suescún fue individuo honrado, trabajador, buen ciudadano, hombre pacífico y respetuoso de la autoridad; prueba que se tuvo en cuenta para concluír con esta afirmación:

"Víctor Moncada Suescún antes de la comisión del delito porque se lo juzga, observó buena conducta, fue un gran trabajador en la agricultura y se distinguió por el cumplimiento de sus obligaciones y deberes".

El Tribunal, al confirmar el auto de proceder, aceptó en su integridad, sin reparo alguno, las afirmaciones del Juzgado sobre circunstancias de menor peligrosidad. El artículo 39 del C. P. dispone que, en el caso de que concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, puede aplicarse el máximo de la sanción, y que el mínimo tendrá aplicación cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad.

Demostrado que en contra de Víctor Moncada Suescún no concurren circunstancias de mayor peligrosidad, pues, las que tuvo en cuenta el Tribunal, son elementos constitutivos del delito de homicidio (asesinato), y como la relativa a la mala conducta no está probada, la sentencia, que impone la sanción en su grado máximo, es violatoria de la ley penal. En cambio, para imponer el mínimo de la sanción, existen, como probadas, la embriaguez y la buena conducta anterior, motivos que, indudablemente, hacen prosperar la causal primera invocada por el recurrente.

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, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) Invalídase el fallo de veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y dos, proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en el cual se le impuso la pena de veinticuatro años de presidio a Víctor Moncada Suescún, por el delito de homicidio —asesinato— cometido en la persona de Tomás Jaimes Vera.

b) Condénase a Víctor Moncada Suescún a la pena de quince años de presidio, que se cumplirá en el lugar que designe la Dirección General de Prisiones, previa la deducción del tiempo que hubiere permanecido en detención preventiva. En lo demás, no se invalida.

Las penas accesorias se reducen al término de duración de la condena principal que por este fallo se impone.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello, Srio. en ppdad.

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO

Estima la Corte que cuando el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la DEMANDA a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 ibídem no indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen. No basta que se manifieste, por ejemplo, que los hechos determinantes y los eximentes de la responsabilidad o de la sanción fueron interpretados con exceso de rigor y pasados por alto, pues es necesario que se expresen con claridad esos hechos o esas circunstancias pretermitidos o apreciados equivocadamente, ya que no está de acuerdo con la naturaleza del recurso de casación pretender su prosperidad con afirmaciones genéricas sin que se haga un esfuerzo por demostrarlas. Ello no quiere decir que la demanda no pueda y deba ser interpretada como las leyes y los contratos; pero lo que no puede la Corte es tomar el lugar del demandante supliendo vacíos esenciales, porque sería convertir en una tercera instancia aquel recurso extraordinario. La Corte ha procedido en múltiples ocasiones con un amplio criterio de interpretación en favor del procesado para no sacrificar la justicia a la forma; pero no puede llegar hasta el extremo de reemplazarlo en la indicación y estudio de los motivos que en la sentencia recurrida aparezcan como perjudiciales para el mismo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, junio veinte de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil condenó a Dionisio Manrique a la pena principal de cuatro años de presidio como responsable de haber causado la muerte a José Albarracín, fallo contra el cual recurrió en casación el reo.

Tramitado el negocio en la Corte y corrido el traslado que ordena el inciso segundo del artículo 563 de la Ley 94 de 1938, el recurrente no sustentó el recurso, ni tampoco puede considerarse que lo hizo en el escrito dirigido al Tribunal a tiempo de interponerlo.

En efecto, allí se limitó a decir "que la pena de ocho años de presidio a que se me condena no está en consonancia con las disposiciones de la ley penal por indebida aplicación de la misma, debido este error a que los hechos determinantes y los eximentes de mi responsabilidad fueron interpretados en la sentencia con un valor probatorio que peca por rigorismo y por consiguiente equivocado, lo mismo que algunas circunstancias eximentes de sanción que fueron pasadas por alto".

Estima la Corte que cuando el artículo 565 del C. de P. P. dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la **demanda** a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 ibídem, no indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen.

No basta que se manifieste, por ejemplo—como ahora ocurre—, que los hechos determinantes y los eximentes de la responsabilidad o de la sanción fueron interpretados con exceso de rigor y pasados por alto, pues es necesario que se expresen con claridad esos hechos o esas circunstancias pretermitidos o apreciados equivocadamente, ya que no está de acuerdo con la naturaleza del recurso de casación pretender su prosperidad con afirmaciones genéricas sin que se haga un esfuerzo por demostrarlas. Ello no quiere decir que la demanda no pueda y deba ser interpretada como las leyes y los contratos; pero lo que no puede la Corte es tomar el lugar del demandante suplien-

do vacíos esenciales, porque sería convertir en una tercera instancia aquel recurso extraordinario. En el caso presente tendría la Sala que ponerse a buscar en el proceso cuáles fueron esos hechos y circunstancias abstractamente enunciados por el recurrente, para acomodarlos oficiosamente a las causales de casación que la ley señala, contra la expresa prohibición del artículo 568 del C. de P. P.

La Corte ha procedido en múltiples ocasiones con un amplio criterio de interpretación en favor del procesado para no sacrificar la justicia a la forma, pero no puede llegar hasta el extremo de reemplazarlo en la indicación y el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida aparezcan como perjudiciales para el mismo.

No se le ha presentado, pues, a la Corte una demanda que deba estudiar.

Por lo dicho anteriormente, la Corte Suprema, con base en el artículo 565 de la Ley 94 de 1938 y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara DESIERTO el presente recurso de casación y condena en costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio. en ppdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

SE DIRIME LA COMPETENCIA NEGATIVA PROMOVIDA POR LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL DE POPAYAN A LA SALA PENAL DEL MISMO.—CONOCIMIENTO POR EL JUEZ CIVIL DEL ASPECTO PENAL QUE LA QUIEBRA PUEDA PRESENTAR

En armonía con el artículo 18 del Decreto-Ley Nº 750 de 1940, sobre quiebras, queda fuera de toda duda que al Juez Civil le corresponde también el conocimiento penal o delictuoso que la quiebra pueda presentar. (artículos 419 y 420 del C. Penal).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock)

Conoce hoy la Corte del presente asunto sobre quiebra que adelantan Abel Jaramillo & Cía. y otros contra Jacobo Yaffe, para el efecto de dirimir la competencia negativa suscitada entre las dos Salas, la Civil y la Penal, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán acerca de a cuál de ellas corresponde conocer de la apelación del auto de proceder dictado por el Juzgado 1º del Circuito en lo Civil de Popayán contra el mencionado Jacobo Yaffe.

Constituyen antecedentes inmediatos de la competencia negativa referida los siguientes:

En auto de 9 de septiembre de 1944, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, al estudiar la apelación interpuesta contra el auto de enjuiciamiento, dictado por el señor Juez 1º en lo Civil del Circuito también de Popayán, contra Jacobo Yaffé por abuso de confianza y otras defraudaciones, en el proceso sobre quiebra seguido contra el mismo enjuiciado, halló no ser competente para conocer del recurso de apelación interpuesto, habiendo puesto de presente al respecto el que "entre las atribuciones de la Sala Penal no se halla la de revisar providencias de los Jueces de Circuito en lo Civil".

En tal virtud la Sala Penal mencionada se abstuvo de revisar la providencia apelada.

Vuelto el negocio al Juzgado de origen, éste en providencia de 27 de septiembre de 1944, concedió la apelación para ante la Sala Civil del Tribunal referido.

Recibido el proceso en el Tribunal, y en virtud de auto dictado por uno de los señores Magistrados de la Sala Civil, pasó el negocio a la Sala Penal, la cual hubo de insistir en la incompetencia de ella y en la competencia de la Sala Civil para conocer el asunto.

De suerte que, en providencia de fecha 11 de diciembre de 1944, la Sala Civil provocó ya de manera formal la correspondiente competencia negativa, competencia que fue aceptada por la Sala Penal en auto de 13 de febrero del año en curso, en el cual dispuso, en consecuencia, el envío del expediente a la Corte.

Ante esta Superioridad se ha adelantado el asunto con intervención del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien emitió concepto que es favorable a la tesis sustentada por la Sala Penal, ya que, según aparece de su escrito de fecha 6 del presente mes de abril, estima dicho alto funcionario que el conocimiento del asunto en segunda instancia corresponde privativamente a la Sala Civil del Tribunal respectivo.

Sintetiza así el señor Procurador las razones y argumentos presentados por una y otra Sala del Tribunal de Popayán para procurar demostrar a cuál de ellas corresponde el conocimiento del negocio.

"La Sala Penal estima que no puede conocer de este asunto porque sus atribuciones están fijadas por el artículo 44 del C. de P. Penal y dentro de ellas no está conocer de apelaciones interpuestas contra providencias dictadas por jueces civiles. El numeral 3º del citado artículo, agrega dicha Sala, se refiere sólo a apelaciones y consultas en asuntos de que conocen los Jueces Su-

periores, los Jueces de Circuito en lo Penal y los Jueces de Instrucción Criminal.

"Agrega la Sala Penal que el Decreto 750 sobre quiebra quiso que fuera precisamente el Juez Civil el que conociera de los dos aspectos (civil y penal) que presenta un juicio como éste; que la instrucción del sumario se sigue, en estos juicios, en cuaderno separado por el Juez Civil, lo que revela que no se trata de dos juicios, sino de un solo juicio; y que dada la unidad y armonía de este juicio el proceso no puede ser dividido en la segunda instancia. Concluye, pues, que es la Sala Civil la llamada a conocer de esta clase de negocios.

"Por su lado, la Sala Civil estima que existe menos asidero para que conozca ella, y no la Sala Penal, de esta clase de recursos: considera que el numeral 3º del artículo 44 del C. de P. Penal permite a la Sala Penal conocer de este negocio, porque para este caso excepcional la ley asimila el Juez Civil a la condición de Juez Penal, ya que conoce de un asunto criminal; porque si la ley hubiera querido darle competencia a la Sala Civil así lo habría dicho expresamente: y porque si la Ley calló al respecto es porque, de acuerdo con la naturaleza del juicio su conocimiento corresponde a la Sala Penal."

Finalmente el señor Procurador Delegado, para separarse del parecer de la Sala Civil, observa lo siguiente sobre punto básico de la controversia suscitada entre las dos Salas del Tribunal:

"No está de acuerdo este despacho con la Sala Civil del H. Tribunal cuando dice que el Juez Civil ha sido asimilado, para este caso único y excepcional, a juez penal 'desde luego que sin alterar su condición de Juez Civil le da competencia expresa para este caso de carácter penal'. La ley nunca ha asimilado el juez civil a juez penal. Lo que ocurre es que, en esta clase especial de asuntos, le ha dado competencia al juez civil para conocer del aspecto penal que pueda presentar el juicio de quiebra."

Y de ahí que, como antes hubo de expresarse, el señor Procurador Delegado en lo Civil estime que de la apelación interpuesta contra la providencia dictada por el señor Juez 1º Civil del Circuito de Popayán debe conocer la Sala Civil del Tribunal Superior.

La Corte, para resolver, considera:

En armonía con el artículo 18 del Decreto-Ley Nº 75ú de 1940, **sobre quiebras** "el Juez de la quiebra aprehenderá directa y exclusivamente la instrucción del sumario en cuaderno especial hasta agotar los trámites del Código de Procedimiento Penal y dictar la sentencia a que hubiere lugar."

Y como el Juez de la quiebra, por la naturaleza misma de las cosas, es un Juez del ramo Civil, parece fuera de toda duda que precisamente dicho **Juez Civil** es el que ha de conocer también, según el transcrito artículo 18 del Decreto 750, del aspecto penal o delictuoso que la quiebra pueda presentar (artículos 419 y 420 del Código Penal).

La unidad de criterio para la calificación del hecho jurídico de la quiebra que tiene efectos civiles de gran trascendencia y, puede tener, a la vez, consecuencias de orden penal; y la necesidad de procurar que no se divida la continencia de la causa, ni se entorpezca demasiado su prosecución, parecen constituír razones suficientes para dar fundamento jurídico al precepto del artículo 18 del Decreto-Ley 750 de 1940, que atribuye al Juez Civil del conocimiento de la quiebra el conocer también de la faz penal que la quiebra igualmente presente.

Mas, se pregunta si esta solución a una cuestión de orden principalmente práctico tendrá fuerza y vigor suficientes para llevar a la conclusión de que en realidad, y por su intervención en el aspecto criminal del asunto, el Juez de lo Civil, asume entonces la investidura propia de Juez en lo Penal?

¿O será, por el contrario, más fundada la conclusión de que el Juez del ramó Civil no ha dejado, en manera alguna, de serlo, sino que, simplemente y para atender a las exigencias procesales, el legislador le ha atribuído el conocimiento, de manera accesoria, de cuestiones de índole penal?

No vacila la Corte en llegar a esta última conclusión que, según antes hubo de expresarse, es la sostenida por la Sala Penal del Tribunal y la acogida por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Por el contrario, y a juicio de la Corte, la otra conclusión, esto es la sostenida por la Sala Civil del Tribunal, resultaría forzada y artificial, ya que según ella el Juez de lo Civil en casos como el que aquí se estudia ha de mirarse como si, en realidad, fuera un Juez del ramo Penal para todos los efectos jurídicos, ficción ésta, que no es posible admitir, por carecer ella de todo respaldo legal.

Contribuye a ilustrar el tema que se viene estudiando el caso opuesto, o sea del Juez de lo penal que conoce al propio tiempo, y por accesión o acrecimiento, si cabe decirlo así, de la acción privada o civil sobre indemnización de perperjuicios, originada del delito y a la cual se refieren, entre otros, los artículos 92, 93, 94 y 95 del Código Penal, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 112 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Y es que, sería también inadmisible en este caso sostener que, por razón de tal conocimiento, el Juez de lo Penal se ha convertido en Juez del ramo Civil y que en consecuencia, cuando se trata de un Juez de Circuito en lo Penal, su Superior para el caso en consideración y para el efecto de conocer de una apelación por ejemplo no es la correspondiente Sala Penal del Tribunal sino la Sala Civil del mismo.

Finalmente, como quiera que el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal en su ordinal 3º, expresamente establece que los Tribunales Superiores de Distrito, por medio de las **Salas Penales**, conocen de las apelaciones y consultas que se surtan en los procesos criminales de que conozcan los Jueces Superiores de Distrito, los **Jueces de Circuito en lo Penal** y los Jueces de Instrucción Criminal, y como según se vio antes, un Juez de Circuito en lo Civil no puede considerarse convertido a la categoría de juez en lo Penal por el hecho de conocer, merced a accesión o acrecimiento de funciones, del aspecto pen que pueda presentar una quiebra de la cual c noce primordialmente como juez del ramo civi aparece entonces de manifiesto que, de la apel ación de las providencias que, en procesos sobr quiebra dicte aquél, no ha de conocer la Sal Penal del Tribunal, que no es su Superior e trictamente hablando, sino precisamente la Sal Civil del mismo Tribunal, que sí lo es.

Merced a lo que se deja expuesto, la Sala d Negocios Generales de la Corte, de acuerdo co el parecer del señor Procurador Delegado en l Civil, dirime la presente competencia a favor d la Sala Penal del Tribunal de Popayán, decla rando, como en efecto declara, que la Sala com petente para conocer del recurso de apelació interpuesto contra el auto de proceder dictad en el presente asunto por el señor Juez 1º de Circuito en lo Civil de Popayán es la Sala Civi del Tribunal Superior.

En consecuencia remítase el proceso a esta Sa la y dese aviso, por medio de Oficio, de la pre sente providencia de la Corte a la Sala Pena del mismo Tribunal Superior de Popayán.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gacet Judicial.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

DEMANDA DE REVISION DE UNA SENTENCIA QUE OTORGA UNA PENSION A UN MIEMBRO DE LA RAMA JURISDICCIONAL

La Corte Suprema de Justicia no es competente para conocer de la revisión de las sentencias en los casos a que se refieren las disposiciones del Código de lo Contencioso Administrativo. (Artículos 164 y 168). El artículo 75 de la ley 6ª de 1945 no dice en parte alguna que las decisiones como la de autos sean revisadas por la Corte Suprema.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El señor Pedro Afanador Gómez, por medio de apoderado, presenta demanda con el fin de que sean revisadas las sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Estas sentencias llevan, respectivamente, fechas 7 de abril y 9 de noviembre de 1943; y en ellas se reconoció y mandó pagar al Tesoro Nacional una pensión mensual vitalicia por valor de SESENTA Y CINCO PESOS ($ 65.00) a favor del demandante señor Afanador Gómez, en razón de haber prestado éste sus servicios en el Organo Judicial, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley 22 de 1942.

El Congreso de la República expidió en el presente año la Ley 6ª de 1945, la cual en su artículo 73 dice: "El artículo primero de la Ley 22 de 1942 quedará así:

"Los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público, de lo Contencioso Administrativo y sus respectivos subalternos, tendrán derecho, al retirarse de sus puestos, a una pensión equivalente al mayor sueldo que hubieren devengado en el desempeño de su cargo en propiedad, durante un año, por lo menos".

El artículo 75 de esta misma ley, invocado por el demandante, dice textualmente: "Esta Ley regirá desde el día de su sanción. Pero las situaciones establecidas con sujeción a las normas legales o mediante autorización oficial con anterioridad a tal fecha, conservarán su validez hasta tanto que sean revisadas y modificadas por las autoridades respectivas, en cada caso o reglamentadas en forma general por el Gobierno, sin perjuicio de los derechos y remuneraciones adicionales que se reconocen a los trabajadores desde dicho día inclusive en adelante". El señor apoderado de la parte demandante con apoyo en los artículos atrás transcritos, y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 164 y 168 del Código de lo Contencioso Administrativo solicita la revisión de dichas sentencias.

Se considera: El procedimiento invocado por el señor apoderado de la parte demandante, artículos 164 y 168, se refiere al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, y por lo tanto, no tiene cabida en los juicios que se sigan ante esta Corporación, mientras la ley no le atribuya expresamente la competencia.

El artículo 75 de la Ley 6ª de 1945 no dice en parte alguna que las decisiones como la presente sean revisadas por la Corte Suprema de Justicia, y mucho menos que esta entidad pueda aumentar las pensiones decretadas en sentencias anteriores.

El artículo 10 de la Ley 22 de 1942 atribuye expresamente a los Tribunales Superiores el conocimiento de los juicios sobre pensiones, cuando se trata de los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo. También autoriza este mismo artículo para que de estos fallos conozca la Corte, mediante recurso de apelación.

No se ve, pues, en forma alguna la competencia que pueda tener la Corte Suprema de Justicia para conocer de la revisión de las sentencias en los casos que se refieren a las disposiciones del Código de lo Contencioso Administrativo.

Por las razones expuestas no es admite la demanda de revisión propuesta por el señor Pedro Afanador Gómez.

Notifíquese.

Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario en ppdad.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CULPA DE SUS AGENTES Y EMPLEADOS

Es responsable el Estado por los perjuicios que causa el agente de policía que, estando en ejercicio de sus funciones oficiales, conduce, sin licencia de la autoridad, el automóvil de un particular. Tal responsabilidad la ha deducido la Corte, en casos similares al de autos, de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. En el caso del proceso, el accidente tuvo como causa, aunque indirecta y ocasional, la embriaguez culpable del chofer del demandante, ya que si ese chofer no se hubiese embriagado, teniendo el vehículo en su poder, tampoco habría podido presentarse el caso de la actitud culposa del agente de policía. Es necesario reconocer entonces igual culpabilidad de parte del empleador del chofer.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio once de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En el presente proceso instaurado, por medio de apoderado contra la Nación, por el señor William Ernest Aitken en calidad de demandante, contiene la demanda la siguiente parte petitoria:

"1ª La Nación es civilmente responsable por los daños y perjuicios que sufrió mi mandante, ocasionados por el Agente de Policía Hermógenes Morales el día 28 de agosto de 1941;

"2ª La Nación debe pagar a William Ernest Aitken los perjuicios resultantes de dicha responsabilidad y que, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, ascienden por lo menos a un mil pesos moneda corriente ($ 1.000.00)".

Y como hechos fundamentales de la demanda alegó el demandante los que a continuación se copian:

"1c El día 28 de agosto de 1941, los agentes de la IV División de la Policía Nacional señores Hermógenes Morales y Pedro P. Castillo, encontrándose en servicio activo y como acto de la autoridad de que estaban investidos, tomaron el comando del automóvil chapa del Tolima número 0539 de 1941, de propiedad de mi mandante, automóvil que se hallaba detenido en el costado reglamentario de la vía pública sin perjuicio para nadie ni para el tránsito, en zona de libre estacionamient y debidamente resguardado. Con el pretexto d "conducir a su domicilio" al chofer, quien se do miciliaba entonces en el barrio de Puente Aran da (calle 16 con carrera 54), el agente Morale quien carecía de licencia para conducir vehículos asumió la dirección del carro tomando por la Ca rretera del Sur en dirección del sur, y a poco an dar estrelló el mismo carro contra los postes barandales del puente sobre el río Fucha. El ga rage del carro 0539 del Tolima estaba situado e el domicilio de mi mandante, calle 34 con carrer 17 (Teusaquillo). Al tomar el volante, los Agen tes Morales y Castillo dejaron en el puesto tra sero y en calidad de pasajero al chofer del refe rido carro 0539 del Tolima, señor Nieto. Del ac cidente resultó herido el agente Pedro P. Castillo quien iba junto al ocasional conductor agente Mo rales;

"2º En el momento de asumir el comando de automóvil 0539 del Tolima de que es propietari mi mandante, el agente Morales obró con autori dad; y en ese mismo carácter actuaba cuando es trelló el vehículo;

"3º Según lo demuestra la certificación a qu se refiere el documento relacionado en el punto d) anterior, el automóvil chapa del Tolima 053 de 1941, "quedó totalmente despedazado, tanto e motor como la carrocería", a consecuencia de accidente provocado por el Agente de Policía se ñor Hermógenes Morales. En el sumario número 3384 que se ha seguido en la Inspección 3ª de Cir culación y Tránsito consta el avalúo de los daños causados, avalúo que no acepta mi mandante y por considerarlo exiguo y ajeno a la realidad; y constan igualmente, en informe oficial de la Di rección de la Policía, las causas por las cuales fu dado de baja el Agente Morales, con posteriori dad a la fecha del accidente que perjudicó a m mandante: Todo lo anterior demuestra que el ac tual ex-agente señor Hermógenes Morales, como miembro activo de la Policía Nacional y como autoridad fue el responsable del accidente y de los daños respectivos, al estrellar el automóvi chapa del Tolima 0539 de 1941, y

1º Como consecuencia del accidente en sí y la lentitud en las diligencias judiciales pena- respectivas, mi mandante William Ernest Ait- se ha visto privado desde el mes de agosto de , del lucro que para él representaba la pose- y uso del vehículo de que era propietario; y experimentado el daño emergente que para él lican costosos viajes en automóviles de alqui- hasta las propiedades que posee en el Depar- ento del Tolima, situadas en lugares a donde llegan los vehículos de servicio público. Para der y vigilar las necesidades industriales de finca, el señor Aitken se ve obligado a viajar ias veces en cada mes al Tolima (Armero), en condiciones indicadas. Por consiguiente, el nte de la autoridad nacional señor Hermóge- Morales, en uso de sus funciones causó a mi ndante no solamente daños materiales, sino un ro cesante y un daño emergente fácilmente probable, que hacen ascender el valor de su anda a una suma mínima de un mil pesos mo- a corriente ($ 1.000.00)".

Expresó además el demandante fundarse, en nto al derecho, en el contenido de los artícu- "2341, 2347 y demás pertinentes del Código Ci- y en los artículos 76 (numeral 1º), 205 y de- s concordantes del Código Judicial".

Seguido el juicio ante el Tribunal Superior de gotá y con audiencia del señor Fiscal 1º de este bunal, quien en la contestación de la demanda opuso a las pretensiones de la parte demandan- fue dictada la sentencia de primer grado con ha 28 de septiembre de 1943, en la cual hubo ser absuelta la Nación de los cargos formula- en la demanda referida.

Contra este fallo interpuso recurso de apela- n el apoderado del demandante y en tal virtud ha tramitado el negocio ante la Corte, hallán- se hoy en estado de ser fallado en definitiva por a Superioridad.

En tal virtud se considera:

El Tribunal en la providencia apelada adujo no razones suficientes para llegar a la absolu- n de la parte demandada las que en seguida se nscriben:

"Con la aplicación de las reglas últimamente ozadas, entra el Tribunal a apreciar las prue- s producidas para decidir si el hecho señalado no engendrador del daño se ha acreditado; si ha acreditado el daño en sí para decidir luego por establecerse la causalidad entre uno y otro surge la imputabilidad para la Nación o entidad demandada.

"Ante todo el Tribunal destaca el hecho protuberante y trascendental para que la acción no pueda prosperar, que no se allegó prueba alguna encaminada a demostrar el interés jurídico del actor, o sea que William Ernest Aitken fuera el dueño del automóvil destruído, pues aunque se adujo el informe de la Dirección Departamental de Circulación y Tránsito de Ibagué, de fecha 2 de septiembre de 1942, visible al fol. 10 del cuad. 2, allegamiento que se produjo con citación de parte contraria, dicho informe lo estima el Tribunal ineficaz para comprobar la propiedad indicada, porque el informe sólo da cuenta de que 'el automóvil placas números 0539 marca Ford, modelo 1936, correspondió en el año pasado al señor William Ernest Aitken'.

"No se solicitó ni se adujo prueba alguna para acreditar el hecho matriz, el hecho básico esencial generador del daño, o sea del a que se contrae el hecho primero fundamental de la demanda, con todas las circunstancias allí indicadas de modo, tiempo y lugar.

"No se adujo la prueba relativa al nombramiento y posesión de Hermógenes Morales tendientes a acreditar su carácter de Agente de Policía; pues, la prueba allegada y de que trata el punto segundo del memorial de pruebas (fol. 1 del cuad. 2), y el informe visible al fol. 7 vuelta del mismo cuad., emanado de la Dirección General de la Policía Nacional, Sección de Archivo, sólo da cuenta de que Hermógenes Morales fue dado de baja nada más, pero no se sabe de qué cargo o de qué empleo. A propósito de este mismo informe cabe observar que no se menciona allí el vehículo que se dice Morales estrelló cerca del Puente de Fucha el 27 de agosto de 1941, determinadamente y que ese informe es deficiente e ineficaz, para comprobar el carácter de agente de la policía que tuviera Morales, como el hecho del accidente en que se destruyó el automóvil.

"Tampoco se adujo prueba alguna encaminada a acreditar que Hermógenes Morales en el momento de montarse en el automóvil para dirigirlo haciendo las veces de chofer estuviera en ejercicio de su cargo de agente de la Policía, que tal acto lo hubiera efectuado con carácter oficial o por razón y en ejercicio de su cargo, que permitiera al Tribunal por la prueba de estas circunstancias decidir que por razón de un acto de servicio público se había destruído el automóvil, ora

porque el agente hubiera recibido una orden superior especial para movilizar el carro, ya porque aún sin orden Morales como agente de policía se hubiera visto precisado a hacerlo por necesidades de servicio público o de su mismo cargo, y que ante estas circunstancias hubiera de declararse la imputabilidad del daño a la persona moral de derecho público demandada.

"En consecuencia, estima el Tribunal que no se han comprobado los elementos atrás indicados configurativos de la responsabilidad civil extracontractual porque se ha demandado".

Cabe advertir ahora que, durante el término probatorio de esta segunda instancia del juicio, trajo el demandante nuevas comprobaciones que serán examinadas en su oportunidad.

Como ya se vio, el Tribunal objeta respecto a la efectividad de la acción instaurada el que en el proceso no existía, cuando fue dictado el fallo de primer grado, comprobación adecuada del dominio de la parte demandante sobre el automóvil que sufrió las averías de que trata el litigio, dominio llamado, por lo demás, a demostrar el legítimo interés jurídico del demandante para establecer su acción.

Pero interesa observar ahora que, a juicio de la Corte, unidos los elementos probatorios que el Tribunal aprecia como deficientes para admitir dicho dominio a los que vinieron durante el término probatorio a la segunda instancia, y a las demás constancias del proceso, tal deficiencia puede darse por subsanada para los efectos del presente fallo.

En efecto: figura en autos, traídos ante la Corte, un certificado de la Inspección Municipal de Circulación y Tránsito de Honda en el cual consta que existe matriculado un automóvil marca "Ford" modelo 1936, bajo el Nº 13 de fecha 12 de febrero de 1941, con placas Nos. 0539 de este Municipio, de servicio particular y de propiedad del señor William Alvin Mc'Carthy, en su calidad comprobada en el proceso de Gerente de la "Compañía General Automotriz Limitada" de Bogotá, según la cual declaración el deponente, en su calidad expresada, le vendió al señor William Ernest Aitken, es decir, al demandante, "el día 16 de mayo de 1940, el automóvil 'Ford' 1936 Nº 183066824, recibiendo de contado la totalidad del precio de dicho vehículo".

De manera que, atendidos los elementos probatorios aludidos, aparte de la circunstancia especial muy digna de ser tenida en cuenta de que no se insinúa siquiera en parte alguna del proce el que con algún fundamento se pueda poner tela de juicio que el referido automóvil sea propiedad de persona distinta al demandante, rece aceptable la conclusión de que el dominio demandante, para los efectos de la acción inst rada, no ofrece hoy motivo de duda en este jui

Ya se vio que el Tribunal objeta también comprobación presentada en la primera instan acerca del carácter oficial de agente de la Poli Nacional que tuviera el señor Morales culpa del accidente que ha motivado la reclamación Estado sobre indemnización de perjuicios; mas brá de tenerse en cuenta ahora que en esta segu da instancia vinieron algunos nuevos documen relacionados con el punto referido y que el señ Procurador Delegado en lo Civil, en su aleg presentado ante la Corte, sólo vuelve de mane incidental sobre este tema de índole probatori en cambio entra a estudiar a fondo el punto de responsabilidad misma de la Nación, como se ve por la siguiente transcripción:

"Pero aún aceptando que la propiedad del au móvil se hubiera acreditado y que se hubiera mostrado plenamente, con las pruebas traídas los autos en la segunda instancia, el carácter agente de la Policía Nacional del señor Hermóg nes Morales, quedaría por demostrar que éste ob **en ejercicio de sus funciones** al cometer el hec dañoso. Esto no se ha demostrado y, con tal ficiencia, la demanda no puede prosperar tamp co ante esa H. Corte.

"Los agentes de la Policía Nacional no tiene dentro de sus funciones, la de guiar los autom viles cuando sus choferes se hallan en estado embriaguez. Si así lo hizo el señor Morales, él el responsable, pero en manera alguna compr mete la responsabilidad del Estado por hechos q no le estaban asignados en el correcto desempe de su cargo.

"Se ha allegado al expediente copia del au que abre causa criminal contra el citado señ Morales por los hechos en que se funda la dema da del señor Aitken. Se ha allegado copia, igu mente, del auto del H. Tribunal Superior de B gotá que confirma aquella primera providen (fls. 7 y ss. cuad. Nº 4); allí expresa el Juzga 4º del Circuito Penal:

"7º — De lo expuesto se concluye: el procesa Hermógenes Morales en su carácter de agente Policía (fls. 33 v. y 78 v.) se encontraba prestan servicio de vigilancia en determinado sector de

dad. **Determinó entrar a las cantinas a tomar veza** con el chofer Nieto y por último, **sin serle mitido, abandonó sus funciones** y sea por cues- nes de juerga o para llevar al chofer Nieto, to- la dirección del automóvil y arrancó hacia el io Santander, marchando, como lo dice el cho- Nieto, a una velocidad desmedida..." (fl. 8 v. d. 4, subraya la Procuraduría).

Con las mismas pruebas aducidas por el actor acredita, pues, que el agente Morales abandonó funciones y obró en forma que no le estaba mitida. La Nación no puede responder del he- de sus agentes cuando éstos, violando todos los lamentos y disposiciones legales, se embriagan, ndonan los deberes del cargo y se comportan modo impropio e incorrecto.

Además, debe observarse que si el agente Mo- es tomó la dirección del automóvil fue porque chofer Nieto se hallaba en completo estado de briaguez. En consecuencia, el demandante mis- incurrió en culpa (culpa in eligendo o culpa in ilando) al tener al frente de su carro a un in- iduo de tales condiciones. Si el demandante hu- ra tenido un buen chofer, que no se embriaga- nada habría ocurrido. Esa culpa suya fue, en nsecuencia, la primera causa engendradora de hechos dañosos. Por tanto, no puede imputarse Estado la culpa in eligendo o culpa in vigilando, mo lo hace el señor apoderado del demandante, rque, si se acepta esta teoría, es preciso aplicar- primero al actor mismo."

Se comprende que en armonía con la exposición l señor Procurador hay lugar a estudiar estos pectos del litigio.

a) Si el agente de Policía Hermógenes Morales, guiar al carro del accidente, ejercitaba sus fun- nes oficiales;

b) Si la conducta culposa del chofer Nieto, de ien se asegura se hallaba en estado de embria- ez cuando el agente de Policía antes menciona- tomó la dirección del carro, constituye una pa que incida, para el caso de este litigio, sobre demandante propietario del automóvil, en for- tal de llegar a eximir a la Nación de toda res- nsabilidad.

Se observa acerca de la cuestión a) precedente e, teniendo el Agente de Policía una investidu- oficial, no existe fundamento jurídico para ptar, sin prueba en contrario, que su actitud re manejo del automóvil correspondiera a una ividad de aquél, en absoluto fuera del servicio, términos tales que la Nación, que lo tenía co- mo su empleado de policía en ejercicio activo de vigilancia y en el momento inicial de intervenir ante Nieto, chofer del automóvil, pudiera ser aje- na a las consecuencias de la conducta irregular del empleado oficail.

Y es que, por otra parte, si el Agente de Poli- cía lo que hizo fue abandonar en esos momentos sus funciones y obrar en forma que no le estaba permitida, según lo insinúa el señor Procurador, tal circunstancia no exime de responsabilidad a la Nación puesto que surgiría entonces manifiesta su responsabilidad por culpa **in vigilando** y tam- bién **in eligendo** y por lo que respecta a un em- pleado de conducta manifiestamente incorrecta se- gún lo demuestra el caso en consideración.

Por donde se echa de ver que no hay lugar a librar de responsabilidad a la Nación por el con- cepto de que se viene hablando.

En lo que mira a la otra cuestión antes plan- teada, o sea a la marcada con la letra b), se tiene que la culpa del chofer del automóvil, o sea su conducta indebida al embriagarse cuando tenía a su cuidado el referido vehículo, debe ser materia de un detenido estudio en este fallo para el efecto de poder determinar si hay lugar a reconocer la existencia de una concurrencia de culpas, que re- caiga también sobre la parte demandante, emplea- dor del chofer, y pueda conducir así a la exención de responsabilidad por lo que toca a la Nación.

Se observa, en primer lugar, a este propósito que aparece demostrado en el proceso que el Agente Morales carecía de pase para el manejo de automóviles (V. fl. 9 v., Cuaderno Nº 2), de donde se desprende que, además de haber come- tido el acto irregular de guiar el automóvil sin la licencia requerida para ello, carecía de la versa- ción necesaria para poner en práctica la activi- dad peligrosa a la cual hubo de dedicarse, con per- juicio desde luego de las personas que conducía en el carro y de este mismo vehículo, según resul- ta del accidente acaecido.

Mas podrá sostenerse que la falta propia del chofer al embriagarse y si se quiere al pedir o ad- mitir que el Agente de Policía lo condujera a su casa de habitación atenúa la culpabilidad misma del funcionario que así procedió; y hasta el pun- to de neutralizar su propia responsabilidad, así como también, por consiguiente, la de la Nación?

Es manifiesto que la embriaguez del chofer, y su conducta incorrecta en general constituyeron la ocasión para que el Agente de Policía incidiera en la falta que en este proceso se le imputa.

Empero la falta del Agente de Policía, en calidad de culpa a él imputable tiene una virtualidad suficiente y própia en relación con el accidente mismo del cual trata el juicio.

Y se entiende ser ello así, porque ni por razón de la embriaguez del chofer, ni por obra de su solicitud de ser conducido por el Agente de Policía a la casa de habitación de aquél, se explica, ni se justifica en manera alguna, que un agente de Policía, posiblemente también en estado de embriaguez, se dedicara a manejar un automóvil para el transporte de personas y que lo hiciera sin la licencia necesaria para dicho manejo, y sin los conocimientos precisos para evitar el peligro de los accidentes.

Y como se tiene aceptado en el presente fallo que no hay razón para sostener que a los ojos del chofer, ni del público en general, el Agente de Policía se presentaba entonces como un particular, libre de toda investidura oficial, ni que hubiera actuado en tal calidad de simple particular dispuesto a manejar el automóvil en reemplazo de su propio chofer, resulta ser manifiesto que el proceder propio del Agente de Policía fue, en todo caso, la causa inmediata del daño, y que su calidad de empleado del Estado y especialmente de Agente de Policía, calidad revestido de la cual hubo de actuar, indique que la embriaguez del chofer constituyera propiamente ocasión o pretexto para que el daño se consumara, si bien tal ocasión o pretexto resulta ser patentemente de suma gravedad y significación.

En términos tales que para coordinar la conducta del chofer con la del Agente de Policía en forma de poder llegar al reconocimiento de una concurrencia de culpas, capaz de hacer desaparecer, para los efectos del resarcimiento de perjuicios, la culpa propia del Agente de Policía, preciso sería que se hubiera llegado a demostrar en el presente juicio que, dada la embriaguez del chofer, el Agente de Policía, aunque sin competencia técnica suficiente para ello, se vio en la necesidad ineludible de tomar a su cargo el manejo del carro y de llevar en él a su casa de habitación al chofer en cuestión.

Empero, como en manera alguna, existe en los autos tal demostración, forzoso es concluir que ha de reconocerse responsabilidad a cargo de la persona que directamente causó el daño, o de su empleador, y para ante el propietario del automóvil.

Esta responsabilidad del Estado por la conducta culpable de sus agentes y empleados la ha deducido la Corte, en casos similares al presente, contenido de los artículos 2347 y 2349 del Có Civil, disposiciones legales que son del sigui tenor literal:

"Artículo 2347. — Toda persona es responsa no sólo de sus propias acciones para el efect indemnizar el daño, sino del hecho de aqu que estuvieren a su cuidado.

"Así, el padre, y a falta de éste la madre responsable del hecho de los hijos menores habiten en la misma casa.

"Así, el tutor o curador es responsable d conducta del pupilo que vive bajo su depend cia y cuidado.

"Así, el marido es responsable de la condu de su mujer.

"Así, los directores de colegios y escuelas ponden del hecho de los discípulos mientras tán bajo su cuidado, y los artesanos y empr rios, del hecho de sus aprendices o dependien en el mismo caso.

"Pero cesará la responsabilidad de tales pe nas, si con la autoridad y el cuidado que su pectiva calidad les confiere y prescribe, no bieren podido impedir el hecho".

"Artículo 2349—Los amos responderán del d causado por sus criados o sirvientes, con ocas de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero responderán si se probare o apareciere que tal ocasión, los criados o sirvientes se han co portado de un modo impropio, que los amos tenían medio de prever o impedir empleando cuidado ordinario y la autoridad competente; este caso recaerá toda responsabilidad del d sobre dichos criados o sirvientes".

En reciente fallo hubo de expresar la Corte

"Se ve así, y merced al contenido de las dis siciones transcritas, que el Estado es civilme responsaple de la culpa propia del agente de licía que causó la muerte de Abdón Gutiér bien por cuanto se le puede imputar falta en eleccipn de este agente de policía indudableme desprovisto de la prudencia debida en el ejerci de sus funciones, o falta en la vigilancia o d dado que acerca de las actividades de aquél de ejercer también el Estado.

"Según el inciso final del artículo 2347, dis sición ésta que sin duda alguna establece u norma de carácter general sobre responsabili extracontractual, posiblemente el Estado est legalmente capacitado para demostrar en este tigio que el proceder y la culpa del agente de

cía fueron de naturaleza tal que su actuación quedaba al margen de toda responsabilidad por parte de la Nación que lo tenía a su servicio, mas no aparece tal prueba en autos, ni aún han sido allegados hechos que hagan verosímil su existencia".

Empero como indudablemente el accidente tiene también como grave causa, aunque indirecta y ocasional, la embriaguez culpable del chofer del demandante, ya que si el expresado chofer no se hubiera embriagado, teniendo el vehículo en su poder, tampoco habría podido presentarse el caso de la actitud culposa del Agente de Policía, es necesario reconocer igualmente culpabilidad de parte del empleador del chofer, o sea de parte del señor Aitken.

Habrá, por consiguiente, lugar a aceptar ser aplicable al caso actual el artículo 2357 del Código Civil, que reza así:

"Artículo 2357.—La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

En tal virtud estima la Corte que una deducción en un cincuenta por ciento (50%) del monto de la indemnización pagadera al señor Aitken por el daño sufrido es a la vez legal y equitativa. Y así habrá de hacerse la correspondiente condenación.

Pasando a estudiar ahora el punto referente al importe en dinero del valor de los perjuicios que han de ser reconocidos a cargo de la Nación y a favor de la parte demandante, se tiene que durante el término probatorio del juicio expusieron peritos sobre este particular, en la forma que interesa en seguida transcribir:

"De lo anterior llegamos a la conclusión de que el vehículo, cuya relación de su estado hemos hecho, no puede prestar servicio de ninguna clase. El fuerte choque sufrido por el vehículo al ser estrellado contra cuerpo fuerte, lo dejó en situación de inservibilidad desde el mismo instante. Los restos que aparecen del vehículo los avaluamos en la suma de ciento cuarenta pesos ($ 140) moneda corriente.

"Para establecer el valor comercial que podía tener el referido automóvil 0539 del Tolima el día del accidente, o sea el 28 de agosto de 1941, hemos tenido muy en cuenta el cuidado que todo dueño de automóviles particulares tiene para con sus vehículos, pudiendo observar que tanto el tapizado como su pintura revelan las buenas condiciones en que lo mantenía su propietario y por tanto llegamos a la conclusión de que su valor comercial en ese momento era de un mil pesos moneda corriente ($ 1.000.00). Por manera que el daño emergente lo avaluamos en la suma de un mil pesos moneda corriente, ya que el automóvil, como ya manifestamos, quedó materialmente inservible, pues no ofrece reparación o composición alguna para ponerlo de nuevo al servicio.

"Sobre la cuantía de los perjuicios ocasionados al demandante por la privación que se le impuso del vehículo, desde el día 28 de agosto de 1941 hasta hoy, teniendo muy en cuenta que el propietario es un hombre de negocios que se servía del aludido automóvil para trasladarse de esta ciudad a sus propiedades del Tolima y de éstas a Bogotá, en ejercicio continuo y permanente relacionado con sus actividades de agricultor y ganadero, y además de aquellos servicios propios del hogar, conceptuamos y avaluamos estos perjuicios a razón de cuatro pesos ($ 4.00) diarios; durante los doce meses siete días (7) que ha sido el tiempo transcurrido desde el día del accidente a hoy, en la suma de un mil cuatrocientos doce pesos $ 1.412.00) moneda legal.

"De lo anterior concluímos:

"Perjuicios provenientes del lucro cesante	$ 1.412.00
"Perjuicios provenientes del daño emergente	1.000.00
"Suma el total de los perjuicios ocasionados al demandante como consecuencia del accidente de tránsito de que trata la demanda	$ 2.412.00"

Aunque este ditamen pericial fue puesto oportunamente en conocimiento de las partes, no se presentó objeción en relación con él.

De manera que, por aparecer aquél suficientemente fundamentado por lo que respecta al daño emergente, habrá lugar a reconocer como monto total de estos perjuicios la cantidad de mil pesos ($ 1.000.000) moneda corriente, valor correspondiente al justiprecio del automóvil, pero con deducción de la cantidad de ciento cuarenta pesos ($ 140.00), que según lo expresan los peritos, es la cantidad que ellos señalan al valor de los restos que aparecieron del vehículo, quedando así fijado el valor del daño emergente total en la suma de ochocientos sesenta pesos ($ 860.00) moneda corriente.

Empero como sólo hay lugar a reconocer, según lo antes expresado, como indemnización por el daño emergente un cincuenta por ciento (50%) del monto de éste, se tiene que, hechas las operaciones aritméticas requeridas, queda reducida tal indemnización a la cantidad de cuatrocientos treinta pesos moneda legal ($ 430.00).

Y no hay lugar a reconocimiento por lo que toca con el llamado por los peritos lucro cesante y que ellos avaluaron en la cantidad de mil cuatrocientos doce pesos ($ 1.412.00), y ello por cuanto en el expediente no existe prueba alguna tendiente a demostrar que tal lucro cesante fue causado en realidad a base de los hechos que los mismos peritos dan por ciertos sin la correspondiente comprobación que ha de figurar y no figura en autos.

Se sigue de lo que se deja expuesto que la condenación del presente fallo quedará así reducida a la cantidad antes expresada de cuatrocientos treinta pesos ($ 430.00) en calidad de daño emergente.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la Repúbl ca de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º Revócase la sentencia de fecha 28 de sep tiembre de 1943, dictada en el presente asunt por el Tribunal Superior del Distrito Judicial d Bogotá;

2º Condénase a la Nación a pagar al deman dante, señor William Ernest Aitken, como únic indemnización por el accidente automoviliari ocurrido el día 28 de agosto de 1941, la cantida de cuatrocientos treinta pesos ($ 430.00) moned corriente.

3º No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese est sentencia en la GACETA JUDICIAL y devuél vase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

EJECUCION CONTRA LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

En principio, ni el Estado ni las demás personas administrativas que lo estructuran pueden ser sujetos pasivos de ejecución forzosa por razón de las obligaciones a su cargo, ya se trate de deudas contraídas por la vía del derecho público, o por las comunes o de derecho privado. Explican los autores esta posición privilegiada de aquellas personas por su misma calidad y por la índole de las funciones que les competen en la organización de la sociedad moderna. El Estado —lo mismo que las secciones en que éste se descompone— realizan una serie de actos de gobierno, de tutela de la sociedad civil y de gestión de los servicios públicos, en todos los cuales ya envuelto un interés de carácter general distinto y superior al del simple interés de los particulares que componen la colectividad política. De ahí que en todas las zonas de las manifestaciones del orden jurídico existan regulaciones especiales, bien distintas por cierto de las que gobiernan la conducta social de los particulares entre sí, aun bajo el concepto de un estricto régimen de Estado de derecho. La Administración —en el más amplio sentido de la palabra— como organización superior de los servicios p-blicos, está sometida a un régimen jurídico conforme con la naturaleza de sus actividades.

Estas elementales nociones del Derecho Administrativo contemporáneo tienen su más simple expresión y su más frecuente campo de aplicación en las regulaciones atañederas al manejo del patrimonio público, en cuanto éste goza de ciertas formas privilegiadas de actuación, que tutela ampliamente sus fines sociales. Paralelamente a la imprescriptibilidad y a la inalienabilidad de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades públicas, se desarrollan los principios y las normas positivas de acuerdo con las cuales igualmente gozan las mismas propiedades del beneficio de la no embargabilidad. Consecuencia de lo anterior es que la vía de la ejecución forzada —medio idóneo para hacer cumplir a los particulares el contenido de las obligaciones que contraen en sus relaciones recíprocas— no puede ser el instrumento apropiado para que la administración cumpla oportunamente por su parte las que contrae en el ejercicio de sus actividades jurídicas. Es unánime la doctrina que excluye de la ejecución forzada al Estado y a las demás personas de derecho público; y en muchas legislaciones positivas —en la de Francia, por ejemplo— está expresamente reconocido este beneficio. ón Colombia existe sobre el particular —como es sabido— una doctrina mixta que establece que el Estado no puede ser ejecutado, y que al mismo tiempo permite implícitamente el procedimiento ejecutivo contra los Departamentos y Municipios, pero que de modo expreso prohibe el embargo de ciertas clases de bienes de propiedad de estas entidades (casas consistoriales, edificios destinados a la instrucción pública, cárceles y demás oficinas y las dos terceras partes de las rentas respectivas). Pero de la existencia de estas disposiciones positivas no puede deducirse que en realidad las reglas del derecho privado sean exactamente aplicables a las entidades departamentales y municipales, sino que por el contrario, es preciso investigar hasta dónde puede extenderse su campo de aplicación y medir los efectos y consecuencias resultantes de una asimilación de los procedimientos y los métodos del cobro compulsivo.

La primera cuestión que debe decidirse es la de la idoneidad del documento por medio del cual se exige ejecutivamente la obligación que se cobra a un Departamento, un Municipio u otra persona distinta del Estado; y la segunda, el contenido material y la naturaleza de la obligación que se reclama. La ley colombiana (artículo 982 del C. J.), señala los límites del procedimiento ejecutivo, respecto a estas cuestiones fundamentales. En tesis general puede decirse que la vía de la ejecución forzosa sólo tiene cabida cuando la obligación que se reclama está contenida en un acto jurídico o emana de una decisión jurisdiccional. Si lo primero, es necesario que el documento en que el acto jurídico se expresa formalmente provenga del deudor o de su causante, y la ley le haya otorgado por sí solo el carácter de plena prueba contra él. En tratándose de la ejecución con base en una decisión jurisdiccional, son comunes a las personas públicas —excepto el Estado— y a las personas de derecho privado, las reglas del Título XV, Capítulo I del Código mencionado. Mas si se está frente a una ejecución forzada con causa en un acto jurídico, entonces se contempla el problema de determinar hasta dónde son identificables los que surgen de un acuerdo de voluntades sancionado por el derecho común o de la voluntad unilateral de la administración. En ambos casos la ley

ha exigido que del documento o de la decisión judicial aparezca a cargo del demandado "una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género o de pagar una cantidad líquida de dinero".

La ley y las aplicaciones jurisprudenciales enseñan cuáles son las pruebas documentarias que por sí solas constituyen la base de la ejecución forzada, cuando el negocio jurídico se refiere a relaciones entre particulares, o también cuando las entidades de derecho público escogen la vía común para sus actuaciones o se obligan conforme a las regulaciones del derecho común. Pero no hay texto legal ninguno que expresamente determine el valor probatorio de los documentos emanados de la voluntad unilateral de la administración, ni el grado de su idoneidad para exigir ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones que puedan contener. De acuerdo con los principios de derecho público las autoridades, funcionarios y corporaciones del orden administrativo, expresan regularmente su voluntad por medio de actos jurídicos, denominados actos administrativos o actos-condiciones. No otra cosa son las ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los Acuerdos de los Concejos Municipales, las Resoluciones de los funcionarios administrativos en una palabra. Es de la esencia de estos actos jurídicos su modificabilidad o reforma por quien los profiere o por el superior en la jerarquía administrativa, así como su nulidad por parte de los organismos jurisdiccionales competentes. Y estas circunstancias, así como la de poder ser derogables en cualquier tiempo, la de tener que ajustarse a las normas superiores y la de que la competencia para dictarlos debe estar expresamente atribuída a su autor, son indudablemente características especiales de esta clase de actos jurídicos que no se encuentran en la zona de los que en la actividad privada sirven de vehículo constitutivo de las obligaciones que contraen los particulares. Así, ni tales actos jurídicos, ni los documentos en que éstos se exteriorizan formalmente tienen el destino de constituir pruebas, sino el fin único de provocar la actuación de la administración.

Tanto la Ordenanza que reconoce un crédito o la Resolución de un Gobernador que ordena pagarlo son actos unilaterales, cuyo objeto es proveer —aquella por vía general y esta última con carácter particular— a reconocimiento de las obligaciones inherentes a una prestación periódica que el Departamento tomaba a su cargo. Por sí mismos estos actos administrativos no contienen una obligación de naturaleza expresa, clara y actualmente exigible de hacer, de entregar o de pagar una suma líquida de dinero. Son apenas creadores de una situación individual o particular, susceptible en todo momento de ser modificada o revocada y no más. Y de otro lado constituyen la base jurídicamente apta para una operación administrativa posterior que se concreta en el deber jurídico de incluir en el presupuesto de cada año las partidas necesarias para atender a las prestaciones acordadas, mientras las ordenanzas respectivas estuvieran en vigencia y mientras el beneficiario conservara actitud para percibirlas.

Las Ordenanzas sobre presupuesto en las cuales se incriben las cantidades asignadas para cubrir tales prestaciones tampoco son constitutivas de una obligación exigible por la vía de la ejecución forzada. El presupuesto de rentas y gastos, ya se trate de la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal, es un simple acto-condición, o sea, un acto jurídico que tiene por objeto contabilizar el patrimonio activo y pasivo del Estado o de las entidades departamentales o municipales, al mismo tiempo que habilitar a los funcionarios correspondientes para el ejercicio del poder legal de recaudar los ingresos y de cubrir los gastos de la administración. En otros términos, es la condición indispensable para que puedan percibirse las rentas u ordenarse y realizarse efectivamente los egresos públicos. Ni aisladamente, pues, la inscripción de la partida en el presupuesto, ni del conjunto de este acto con los que crean o establecen la prestación a cargo del patrimonio público del Departamento puede determinarse una obligación incondicional que abra la vía ejecutiva al titular del derecho reconocido. No basta que el gasto decretado esté inscrito en la ordenanza del presupuesto, sino que a esto debe subseguir el giro contra el tesoro por parte del funcionario que tiene la competencia para ello. Sólo cuando se expida el título, con la plenitud de las formas expresadas, puede tenerse a la administración como obligada pecuniariamente, y al titular del crédito en capacidad legal de hacerse cubrir su valor por la vía ejecutiva.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio dieciséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

Ante el Tribunal Superior de Santa Marta la señorita Carmen Escobar Stevenson, por medio de apoderado, presenta demanda para que se libre mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento del Magdalena, por razón de la pensión vitalicia reconocida a los exgobernadores de ese Departamento por medio de las Ordenanzas números 49 de 1934, 35 de 1942 y

67 del mismo año. La señorita Escobar Stevenson obra a nombre de la sucesión de su difunto padre el doctor Francisco C. Escobar. La cuantía en este juicio fue señalada en la suma de dos mil veinticinco pesos ($ 2.025), más los intereses hasta la fecha del pago.

El Tribunal del conocimiento procedió a librar mandamiento ejecutivo, según providencia de fecha dos de febrero del año próximo pasado. El señor Fiscal pidió reposición del auto anterior y en subsidio la apelación ante la Corte; negado el primer recurso, le fue concedido el segundo en el efecto devolutivo. La Corte, antes de fallar, hace las siguientes consideraciones:

Como título de la deuda se presentaron los documentos que siguen: 1º—Un ejemplar autenticado de la Gaceta Departamental "Magdalena' Nº 2.099, en donde aparece publicada la Ordenanza Nº 49 de 1932 que reconoce una jubilación de ciento cincuenta pesos a favor de los ex-gobernadores del Departamento, mediante el lleno de ciertos requisitos. 2º Un ejemplar autenticado de la Gaceta Departamental "Magdalena" Nº 2.882, en donde corre publicada la Ordenanza Nº 35 de 1942 que en su artículo 3º hace el reconocimiento de la deuda por valor de novecientos pesos ($ 900.00), por concepto de la pensión decretada en la Ordenanza citada en el numeral 1º y a favor del doctor Francisco C. Escobar. Dispone, además, la inclusión de dicha suma en el presupuesto de la próxima vigencia y faculta al señor Gobernador para abrir el crédito correspondiente en el caso de no cumplirse aquella formalidad. 3º—El número 2.885, autenticado, de la Gaceta Departamental "Magdalena", en el cual se publica la Ordenanza 67 de 1942 que trata igualmente del reconocimiento de jubilación a favor de los ex-gobernadores, con la modificación del requisito de la edad fijada por la Ordenanza número 49 de 1932. 4º—Otro ejemplar autenticado de la misma Gaceta el número 2.893, que contiene la Ordenanza 104 de 1942 sobre presupuesto de Rentas Ordinarias para la vigencia comprendida entre el primero de septiembre y el treinta y uno de agosto del año siguiente, que en su artículo 35 dice: "Para pagar la pensión de jubilación a los ex-gobernadores del Departamento, según Ordenanza del presente año... $ 2.000". Y en su artículo 133: "Para pagar al doctor Francisco C. Escobar la deuda reconocida por Ordenanza número 49 de 1932 y número 35 de 1942... $ 900.00" 5º—Copia auténtica de la Resolución número 28 de 25 de febrero de 1943, expedida por la Secretaría de Hacienda Departamental, por medio de la cual, vistas las pruebas presentadas por el peticionario doctor Francisco C. Escobar, se le reconoce el derecho a gozar de las pensiones establecidas por las Ordenanzas 49 de 1932 y 67 de 1942 y al mismo tiempo dispone el pago de ellas de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la vigencia en curso.

Otro documento: 1º—Copia auténtica de la partida de defunción del doctor Francisco C. Escobar. y 2º—Copia del reconocimiento hecho por el Juzgado Unico del Circuito en lo Civil de Santa Marta a favor de la señorita Carmen Escobar Stevenson como heredera del doctor Escobar.

El Tribunal de primera instancia condenó al Departamento del Magdalena al pago total de las pensiones devengadas por el doctor Francisco C. Escobar hasta la fecha de su muerte, 15 de junio de 1943, con base en las Ordenanzas que crearon ese derecho a favor de los ex-gobernadores y con fundamento en las partidas de dos mil pesos y novecientos que quedaron incluídos en la Ordenanza 104 de 1942 de Presupuesto de Apropiaciones, artículos 33 y 133. La condenación se extiende al pago de los intereses hasta la fecha en que la deuda quede solucionada.

Hace referencia el Tribunal a la Resolución número 28 emanada de la Gobernación del Departamento, sobre reconocimiento de la pensión a favor del doctor Escobar. "Como se ve, dice el Tribunal, se trata de una obligación expresa, clara y actualmente exigible en favor de la sucesión del doctor Francisco C. Escobar, pues, las cuentas emanan de documentos del deudor que reconocen partidas, incluídas en el respectivo presupuesto".

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil hace la transcripción del escrito de reposición del señor Fiscal del Tribunal, el cual dice así: "La cantidad que se manda a pagar proviene de pensiones concedidas al expresado doctor Escobar, como ex-gobernador de este Departamento.

La referida cantidad, se compone de la de $ 900 incluída en el Presupuesto de Rentas que principia en el año de 1942 y termina en agosto de 1943 y también de la de $ 1.125 que de manera determinada, esto es, en forma especial no fue apropiada para pagarle al doctor Escobar en presupuesto alguno, pues sólo existe la apropiación de $ 2.000 en el citado presupuesto para pagar pen-

siones a los generales Gabriel Bermúdez, Lázaro Riascos Capella, Juan Manuel Iguarán y doctor Francisco C. Escobar ex-gobernadores del Departamento, partida que quedó agotada. Si de esta última partida se hubiera dicho que le correspondía al último de los nombrados, la cantidad determinada y precisa de tantos pesos, **bien podría él demandar ejecutivamente para el pago de lo apropiado, de modo singular y absoluto** —subraya la Corte—; pero no aconteciendo así, por tratarse de una cantidad en globo para todos, no se ve en sí cuál es la que él pueda exigir para un pago apropiado.

Por este aspecto la deuda no tiene el carácter de exigible por no ser clara y precisa.

Mas, como la petición que se hace sobre mandamiento de pago es por la cantidad conjunta de dos mil veinticinco pesos ($ 2.025), en cuya formación entran los novecientos pesos ($ 900) debidamente apropiados y los mil ciento veinticinco ($ 1.125) apropiados indeterminadamente, no puede decirse que se demanda por una deuda con carácter de exigible, clara y precisa, como si aconteciera si se hubiera pedido o demandado por la cantidad de $ 900, que sí está precisa, determinada con carácter de exigible".

Termina el señor Pricurador, así: "Cree la Procuraduría que toda esta materia ha de estudiarse a la luz del artículo 205 de la C. N., norma constitucional que no puede ser desconocida por las leyes ni modificada por ellas. Por tanto, de acuerdo con esa norma, no puede hacerse ningún gasto público que no se halle incluído en el Presupuesto de Gastos. **Si el Juez ordena el pago de un crédito que no se hallare en tales condiciones ordenaría una violación directa de la Constitución Nacional".**

MOTIVOS DE LA CORTE

No cabe duda alguna en cuanto a la calidad que posee la demandante para pedir, a nombre de la sucesión, el pago del beneficio otorgado por las Ordenanzas 49 de 1932 y 67 de 1942, preferidas por la Asamblea del Departamento del Magdalena.

El problema planteado se concreta, pues a resolver: Si procede la ejecución contra el Departamento, con apoyo en los documentos presentados por la actora; y si su extensión corresponde a los límites legales de la obligación que se reclama. Sobre estos particulares la Corte encuentra la oportunidad de expresar sus opiniones en la forma que aparece a continuación:

I—Ejecución contra las entidades de Derecho Público

En principio, ni el Estado ni las demás personas administrativas que lo estructuran pueden ser sujetos pasivos de ejecución forzosa por razón de las obligaciones a su cargo, ya se trate de deudas contraídas por la vía del derecho público, o por las comunes o de derecho privado. Explican los autores esta posición privilegiada de aquellas personas, por su misma calidad y por la índole de las funciones que les competen en la organización de la sociedad moderna. El Estado —lo mismo que las secciones en que éste se descompone— realiza una serie de actos de gobierno, de tutela de la sociedad civil y de gestión de los servicios públicos, en todos los cuales va envuelto un interés de carácter general distinto y superior al del simple interés de los particulares que componen la colectividad política. De ahí que en todas las zonas de las manifestaciones del orden jurídico existan regulaciones especiales, bien distintas por cierto de las que gobiernan la conducta social de los particulares entre sí, aun bajo el concepto de un estricto régimen de Estado de derecho. La Administración — en el más amplio sentido de la palabra— como organización superior de los servicios públicos, está sometida a un régimen jurídico conforme con la naturaleza de sus actividades.

Estas elementales nociones del Derecho Administrativo contemporáneo tienen su más simple expresión y su más frecuente campo de aplicación en las regulaciones atañederas al manejo del patrimonio público, en cuanto éste goza de ciertas formas privilegiadas de actuación, que tutela ampliamente sus fines sociales. Paralelamente a la imprescriptibilidad y a la inalienabilidad de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades públicas, se desarrollan los principios y las normas positivas de acuerdo con las cuales igualmente gozan las mismas propiedades del beneficio de la no embargabilidad. Consecuencia de lo anterior, es que la vía de la ejecución forzada, medio idóneo para hacer cumplir a los particulares el contenido de las obligaciones que contraen en sus relaciones recíprocas, no puede ser el instrumento apropiado para que la administración cumpla oportunamente por su parte, las que

contrae en el ejercicio de sus actividades jurídicas. Es unánime la doctrina que excluye de la ejecución forzada al Estado y a las demás personas de derecho público; y en muchas legislaciones positivas —en la de Francia por ejemplo— está expresamente reconocido este beneficio. En Colombia, existe sobre el particular —como es sabido— una doctrina mixta que establece que el Estado no puede ser ejecutado, y que al mismo tiempo permite implícitamente el procedimiento ejecutivo contra los Departamentos y Municipios, pero que de modo expreso prohibe el embargo de ciertas clases de bienes de propiedad de estas entidades (casas consistoriales, edificios destinados a la instrucción pública, cárceles y demás oficinas y las dos terceras partes de las rentas respectivas.

Pero de la existencia de estas disposiciones positivas no puede deducirse que en realidad las reglas del derecho privado sean exactamente aplicables a las entidades departamentales y municipales, sino que, por el contrario, es preciso investigar hasta dónde puede extenderse su campo de aplicación y medir los efectos y consecuencias resultantes de una asimilación de los procedimientos y los métodos del cobro compulsivo.

La primera cuestión que debe decidirse es la de la idoneidad del documento por medio del cual se exige ejecutivamente la obligación que se cobra a un Departamento, un Municipio u otra persona administrativa distinta del Estado; y la segunda, el contenido material y la naturaleza de la obligación que se reclama.

La ley colombiana (artículo 982 del Código Judicial) señala los límites del procedimiento ejecutivo, respecto a estas dos cuestiones fundamentales.

En tesis general puede decirse que la vía de la ejecución forzosa sólo tiene cabida cuando la obligación que se reclama está contenida en un acto jurídico o emana de una decisión jurisdiccional. Si lo primero, es necesario que el documento en que el acto jurídico se expresa formalmente provenga del deudor o de su causante, y la ley le haya otorgado por sí solo el carácter de plena prueba contra él. En tratándose de la ejecución con base en una decisión jurisdiccional, son comunes a las personas públicas —excepto el Estado— y a las personas de derecho privado, las reglas del Título XV Capítulo I del Código mencionado. Mas si se está frente a una ejecución forzada con causa en un acto jurídico, entonces se contempla el problema de determinar hasta dónde son identificables los que surgen de un acuerdo de voluntades sancionado por el derecho común o de la voluntad unilateral de la administración. En ambos casos la ley ha exigido que del documento o de la decisión judicial aparezca a cargo del demandado "una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género o de pagar una cantidad líquida de dinero".

La ley y las aplicaciones jurisprudenciales enseñan cuáles son las pruebas documentarias que por sí solas constituyen base de la ejecución forzada, cuando el negocio jurídico se refiere a relaciones entre particulares, o también cuando las entidades de derecho público escogen la vía común para sus actuaciones o se obligan conforme a las regulaciones del derecho común. Pero no hay texto legal ninguno que expresamente determine el valor probatorio de los documentos emanados de la voluntad unilateral de la administración, ni el grado de su idoneidad para exigir ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones que puedan contener.

De acuerdo con los principios de derecho público las autoridades, funcionarios y corporaciones del orden administrativo, expresan regularmente su voluntad por medio de actos jurídicos, denominados actos administrativos o actos-condiciones. No otra cosa son las ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los Acuerdos de los Concejos Municipales, las Resoluciones de los funcionarios administrativos en una palabra. Es de la esencia de estos actos jurídicos, su modificabilidad o reforma por quien los profiere o por el superior en la jerarquía administrativa, así como su nulidad por parte de los organismos jurisdiccionales competentes. Y esta circunstancia, así como la de poder ser derogables en cualquier tiempo, la de tener que ajustarse a las normas superiores y la de que la competencia para dictarlos debe estar expresamente atribuída a su autor, son indudablemente características especiales de esta clase de actos jurídicos que no encuentran en la zona de los que en la actividad privada sirven de vehículo constitutivo de las obligaciones que contraen los particulares. Además, ni tales actos jurídicos, ni los documentos en que éstos se exteriorizan formalmente, tienen el destino de constituir pruebas, sino la finalidad única de provocar la actuación de la administración.

Con referencia concreta al negocio **sub judice**, tenemos que la deuda que se exige ejecutivamente del Departamento del Magdalena se demuestra apenas con dos Ordenanzas de los años de 1932 y 1942, en las cuales se otorgó a los Gobernadores una pensión de ciento cincuenta pesos, ($ 150.oo) mediante el lleno de ciertos requisitos; y, además, con una Resolución del Gobernador del Departamento por medio de la cual se dispone pagar al señor doctor Francisco C. Escobar, la pensión que aquellas ordenanzas habían decretado, por cumplir éste las condiciones fijadas. Por otra parte, se exhibe la prueba de que en el presupuesto correspondiente al año último de los años citados, fue incluída la partida necesaria para atender el pago de estas obligaciones.

Tanto las Ordenanzas referidas como la mencionada Resolución de la Gobernación del Departamento son actos unilaterales, cuyo objeto es el de proveer —aquélla por vía general y esta última con carácter particular— al reconocimiento de las obligaciones inherentes a una prestación periódica que el Departamento tomaba a su cargo. Por sí mismos estos actos administrativos no contienen una obligación de naturaleza expresa, clara y actualmente exigible de hacer, de entregar o de pagar una suma líquida de dinero. Son apenas creadores de una situación individual o particular, susceptible en todo momento de ser modificada o revocada y no más. Y de otro lado, constituyen la base jurídicamente apta para una operación administrativa posterior que se concreta en el deber jurídico de incluir en el presupuesto de cada año las partidas necesarias para atender a las prestaciones acordadas, mientras las ordenanzas respectivas estuvieran en vigencia y mientras el beneficiario conservara su actitud para percibirlas.

De la misma manera, tampoco las ordenanzas sobre presupuesto en las cuales se inscribieron las cantidades asignadas para cubrir aquellas prestaciones, son constitutivas de una obligación exigible por la vía de la ejecución forzosa. El presupuesto de rentas y gastos, ya se trate de la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal, es un simple acto-condición o sea un acto jurídico que tiene por objeto contabilizar el patrimonio activo y pasivo del Estado o de las entidades departamentales o municipales, al mismo tiempo que habilitar a los funcionarios correspondientes para el ejercicio del poder legal de recaudar los ingresos y de cubrir los gastos de la administración. En otros términos, es la condición indispensable y necesaria para que puedan percibirse las rentas u ordenarse y realizarse efectivamente los egresos públicos. Ni aisladamente, pues, la inscripción de la partida en el presupuesto, ni del conjunto de este acto con los que crean o establecen la prestación a cargo del patrimonio público del Departamento puede determinarse una obligación incondicional que abra la vía ejecutiva al titular del derecho reconocido. En efecto, el acto creador puede ser modificado, derogado o anulado, y a su vez la ley adjetiva presupuestal de acuerdo con poderes generales o especiales de la administración, modificarse en la cuantía de las cantidades en ella inscritas, o desaparecer por el procedimiento de los traslados, por motivos de necesidades administrativas como son, por ejemplo, las de dar preferencia a otros menesteres, etc. Pero aún sin ocurrir ninguno de estos eventos ni de que haya resistencia por parte de la administración para cumplir la obligación determinada en aquellos actos administrativos, pueden ser éstos idóneos por sí mismos para forzar ejecutivamente a la administración y obligarla a su cumplimiento. La actuación administrativa, cuyo resultado final es el egreso del tesoro público de una cantidad determinada de dinero, no es completa aún. De acuerdo con las normas que rigen la ejecución de los presupuestos —y aunque éstas no son uniformes sino esencialmente variables en cada localidad departamental— no basta que el gasto decretado esté inscrito en la ordenanza del presupuesto sino que a este acto debe subseguir el giro contra el tesoro por parte del funcionario que tiene la competencia para ello.

El ordenamiento de pago es igualmente una operación administrativa sin la cual el egreso de los fondos públicos no puede realizarse efectivamente. Se expresa este acto en un documento que puede afectar diversos nombres (giros, libranzas, orden de pago, etc.), pero cuyo contenido es siempre el mismo: un mandamiento incondicional e irrevocable dirigido contra el tesoro.

En resumen, el título de la obligación es la resultante de la serie de actos complejos que queda discrita, sin perjuicio de los demás que puedan imponer las normas fiscales, de carácter general o seccional. De lo dicho puede concluírse que sólo cuando se expida el título, con la plenitud de las formas expresadas, puede tenerse a la ad-

ministración como obligada pecuniariamente, y al titular del crédito en capacidad legal de hacerse cubrir su valor por la vía ejecutiva. El carácter de ejecutorio del título es indiscutible como expresivo de una obligación clara, expresa y actualmente exigible de la administración, de quien el documento emana. Desde luego, sobra advertir que únicamente para las prestaciones que se conforman por los medios del derecho público tienen cabida las reglas anteriores por imponerlo así la naturaleza de las obligaciones que la administración contrae y el contenido de los actos jurídicos por medio de los cuales se expresa su voluntad unilateral de obligarse. Porque, cuando la administración actúa por los medios del derecho privado, sus obligaciones están entonces representadas en títulos o documentos que revisten la forma prevista en el derecho común: se trata de escrituras públicas, pagarés, letras de cambio, cupones de renta, en una palabra, de documentos ejecutorios por sí mismos, conforme a las disposiciones de las leyes civiles y de las especiales sobre Comercio; por lo que entonces tienen su plena aplicación las reglas del artículo 982 del Código de Procedimiento Civil, exactamente como si la vinculación jurídica se produjera entre particulares. Esta especialidad en el régimen jurídico propio de las obligaciones que adquieren las personas públicas cuando actúan conforme a los preceptos del derecho administrativo, no lleva a la conclusión de que sean libres de cumplirlas o no, de que puedan impúnemente abstenerse de atender los créditos que contraen con motivo de la gestión y funcionamiento de los servicios públicos. No sólo quiere decir que las deudas de la administración, por lo mismo que obedecen a principios y a métodos particulares para producirse, igualmente están sujetas a procedimientos especiales para su solución, ya sea ésta voluntaria o forzada.

Si a pesar del acto creador de la obligación y de la inscripción en el presupuesto la administración se resiste al pago por motivos justificados, o injustificadamente, el acreedor, séalo a título oneroso o gratuito puede recurrir a la vía administrativa o a la jurisdiccional para constreñirla al cumplimiento de su obligación. Obtenida la condenación, queda abierta la vía de la ejecución forzada, obteniéndose así la tutela jurídica del derecho que se invoca y la imposibilidad de que la administración lo desconozca.

La extensión de la obligación

En el auto recurrido, el Tribunal abrió la ejecución contra el Departamento del Magdalena por el monto de la obligación principal —el valor de las pensiones insolutas— y los intereses corrientes que se causen hasta la fecha del pago, conforme lo pidió el demandante.

Este capítulo de la providencia recurrida igualmente será objeto de pronunciamiento por parte de la Sala, a fin de señalar de una vez por todas el alcance de la prestación debida por el Departamento.

No tratándose de una obligación contraída por los medios del derecho privado, la indemnización de perjuicios por el incumplimiento y el consiguiente pago de intereses en que ésta se resuelve no puede tener lugar. Ninguna de las reglas del Código Civil (artículo 1417) resulta aplicable a este negocio. En efecto, no hay pacto para cubrir intereses condicionales, ni tampoco pueden exigirse los simplemente legales, por la razón obvia de que no existe jurídicamente retardo que dé ocasión a suplicar indemnización de perjuicios. Aún identificando la prestación debida por el Departamento al género de obligaciones a que se refieren los artículos 1608 y 1615 del Código Civil, sería temeraria la tesis que pretendiera condenar a aquella entidad al pago de intereses moratorios por la evidente circunstancia de no tener cabida los supuestos legales que aquellas disposiciones contemplan, ya que la prestación a cargo del Departamento por su misma índole, carece de término estipulado; y porque en defecto de esto, tampoco ha habido reconvención judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— revoca el auto recurrido y en su lugar dispone que no es del caso decretar mandamiento ejecutivo contra el Departamento del Magdalena.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL ACCIDENTE AEREO DE SANTA ANA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio diecinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock)

Interpuso el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá recurso de alzada contra la sentensia de dicho Tribunal de cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, dictada en el juicio ordinario instaurado contra la Nación por la señora María del Carmen Avella v. de Parra por medio de apoderado.

El fallo recurrido trae la siguiente parte resolutiva:

"El Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE: 1º—La nación es Civilmente responsable del siniestro de aviación ocurrido el 24 de julio en el campo de SANTA ANA, Municipio de Usaquén.

"2º—Condénase a la Nación a pagar a la señora María del Carmen Avella v. de Parra y a María Elicinda Parra el valor de los perjuicios materiales que recibieron con la muerte de su esposo y padre, respectivamente, señor Jacobo Parra. El monto de este daño podrá determinarse por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J. debiendo tener en cuenta los peritos al hacer la estimación, las bases que para fijarlo se señalan en la parte motiva de esta sentencia. Dedúzcanse de estos perjuicios lo ya pagado por la Nación.

"3º—Condénase a la Nación a pagar a cada una de las prenombradas, como valor del perjuicio moral ocasionado con la muerte de Jacobo Parra, la suma de mil pesos.

"4º—No es el caso de hacer ninguna declaración a favor de Ana Cecilia Parra.

"5º—No es el caso de hacer declaración alguna en favor de la Sucesión de Jacobo Parra".

Sea el caso de advertir expresamente aquí que este fallo no fue apelado por la parte demandante, de manera que el asunto vino al conocimiento de la Corte sólo en virtud de la apelación interpuesta, como ya se dijo, por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior.

La demanda sobre la cual recayó el fallo recurrido fue presentada por el demandante, ante el Tribunal, con fecha 2 de julio de 1941 y notificada al señor Fiscal el 23 del mismo mes, habiéndole dado contestación el día 8 de agosto del año expresado.

Interesa observar ahora que el demandante formuló la parte petitoria de su demanda en los siguientes términos:

"1º—Que el Estado o la Nación Colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales y daños morales causados a María del Carmen Avella vda. de Parra, a Ana Cecilia y María Lucinda Parra Avella, con la muerte violenta de Jacobo Parra ocurrida a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el 24 de julio de 1938 en el Campo de Marte o Santa Ana, ubicado en el Municipio de Usaquén, con ocasión de la revista militar efectuada ese día para conmemorar el cuarto centenario de la fundación de Bogotá;

"2º—Que, en consecuencia, el Estado debe pagar a María del Carmen Avella vda. de Parra y a Ana Cecilia y María Lucinda Parra, representadas las dos últimas por la primera, el valor que fijen peritos o que fije ese Honorable Tribunal con arreglo a derecho como cuantía de los perjuicios materiales y daños morales sufridos por ellas a causa de la muerte de su esposo y padre Jacobo Parra.

"3º—Subsidiariamente a la inmediatamente anterior, que se condena a la Nación a pagar a la sucesión de Jacobo Parra el valor que fijen los peritos del H. Tribunal con arreglo a derecho, como cuantía de los perjuicios sufridos con la muerte de Jacobo Parra, en la dicha oportunidad.

"4º—Que se condena en costas a la Entidad demandada."

En el libelo de demanda fueron precedidas estas peticiones de la siguiente relación de hechos:

"I—El 23 de marzo de 1902 nació en Pueblo-viejo (Boyacá) un niño que recibió el nombre

bautismal de Jacobo de Jesús Parra, según copia auténtica que acompaño, del acta bautismal, expedida por el Cura Párroco de ese Municipio.

"II — El día 1º de octubre de 1934 Jacobo Parra y María del Carmen Avella, contrajeron matrimonio entre sí, según copia auténtica que acompaño del acta matrimonial expedida por el Cura de la Parroquia de Chapinero.

"III — El 25 de agosto de 1935 nació una niña que recibió el nombre bautismal de Ana Cecilia hija de Jacobo Parra y María del Carmen Avella, según copia auténtica que acompaño, del acta bautismal, expedida por el señor Cura de la Parroquia de Chapinero.

"IV — El 2 de diciembre de 1938, nació una niña que recibió el nombre de María Elicinda, hija de Jacobo Parra y María del Carmen Avella, según copia auténtica que acompaño del acta bautismal expedida por el Cura de la Parroquia de Puebloviejo.

"V — Antes del día 24 de julio de 1938 y ese día Jacobo Parra estaba lleno de salud, en pleno uso de sus facultades mentales y físicas, trabajaba en Bogotá con un salario de dos a tres pesos diarios y atendía con ello a la subsistencia de su esposa y de sus hijos.

"VI — Jacobo Parra vivía de su trabajo personal con su familia y el día 24 de julio de 1938 asistió a la revista aérea que tuvo lugar en el campo de Santa Ana, Municipio de Usaquén, revista o parada militar que se organizó por disposición del Gobierno Nacional (Ministerio de Guerra) y con participación primordial del Cuerpo Oficial de la Aviación Militar de la República; consta este hecho de las declaraciones de Josué E. Riveros, Julio E. Laverde y Pedro Pineda, quienes a la vez acreditan el hecho. V al par que Vicente Sánchez y Antonio J. Giraldo, todas las cuales acompaño para que sean ampliadas, y ratificadas en este juicio y lo demostraré más ampliamente en el término probatorio.

"VII — El Gobierno Nacional (Ministerio de Guerra) hizo invitaciones especiales e invitación general al público para que asistiera a presenciar la citada revista militar oficialmente organizada en el campo de Santa Ana, pues se trataba de las festividades que ya se iniciaban con programas oficiales para conmemorar el cuarto centenario de la fundación de Bogotá.

"VIII — Cuando la revista aérea aludida estaba muy cerca de su conclusión, el avión oficial manejado por el Teniente de la Aviación Nacional señor César Abadía, enviado por el Gobierno a hacer parte de la revista y quien maniobraba a poca altura, casi sobre la multitud que asistió al acto por invitación del Gobierno, se vino de un momento a otro a tierra causando la muerte del aviador y de gran número de los espectadores.

"IX — Entre las víctimas del siniestro se encontró el señor Jacobo Parra esposo de mi poderdante y padre de las dos niñitas cuya patria potestad ejerce hoy su madre María del Carmen Avella por ministerio de la ley. Parra llegó completamente sano a presenciar el espectáculo y a causa del incendio que el avión produjo, quedó envuelto en llamas y murió por las heridas y fracturas inmediatamente. Consta este hecho o sea su muerte por tal causa, de las partidas o actas de defunción que en copia auténtica acompaño, expedidas por la Dirección Municipal de Higiene y Notaría 2ª de Bogotá.

"X — Jacobo Parra era excelente trabajador, de ejemplares costumbres, salud completa, cumplidor con sus deberes de esposo y padre, para lo cual trabajaba siendo el apoyo material y moral de su familia, de manera que mi poderdante y sus hijos recibieron graves e irreparables perjuicios materiales y morales por la muerte de él.

"XI — Con base en la Ley 100 y Decreto 1.664 de 1938, el 10 de febrero solicité en nombre de los damnificados un auxilio al H. Consejo de Estado y les fue decretado en fallo de 11 de septiembre de 1940 por la cantidad de 2.160 pesos, conforme a la copia auténtica que acompaño, cuantía que ellos aceptaron, no como cuantía de los perjuicios materiales y morales que sufrieron, sino a cuenta.

"XII — Los peritos, distinguidos profesionales doctores Mario Escobar Mejía, el señor Procurador General de la Nación y el Jefe de la Oficina Central de Medicina legal, expusieron muy claramente los hechos y el derecho, en piezas cuyas copias auténticas acompaño y de donde se desprende la aceptación mínima de un salario de $ 2.00 diarios, aunque era mayor como habré de demostrarlo."

En calidad de fundamento de derecho positivo adujo el demandante el contenido de los títulos doce (12) y treinta y cuatro (34) del Código Civil, especialmente, el último de los cuales contiene disposiciones sobre "responsabilidad civil por las distintas clases de culpas, descuidos, negligencia, etc."

En la contestación a la demanda dada por la parte demandada, negó el señor Fiscal del Tribunal la mayor parte de los hechos aducidos en aquella pieza y terminó negando la responsabilidad de la Nación en el siniestro y sus causas; y se opuso, en tal virtud, a que fueran hechas las declaraciones y condenaciones pedidas.

Como ya hubo de expresarse, sólo el señor Fiscal interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal, y ya que la parte demandante se abstuvo de interponer recurso alguno.

Como luego se verá, los efectos prácticos, en la segunda instancia, de esta actitud de la parte demandante, han sido materia de debate ante la Corte.

Por lo demás, por cuanto la tramitación del recurso de alzada está ya fenecida, procede la Sala a dictar el fallo definitivo de segundo grado, siendo del caso advertir que ante la Corte hubo lugar no sólo a la presentación de alegaciones por las partes litigantes sino también a la práctica de nuevas pruebas, en la oportunidad debida.

En el alegato formulado por el señor Procurador Delegado en lo Civil se sostiene, en primer término, que hay lugar a revisar la sentencia apelada, por cuanto la declaración 1ª de la parte resolutiva de ella, transcrita ya en este fallo de la Corte, no concuerda o armoniza debidamente con las peticiones de la demanda.

Hecho el estudio comparativo del caso, aparece de manera manifiesta, como lo observa el representante de la parte demandante, que la única diferencia apreciable que existe entre las peticiones de la demanda y la correspondiente parte resolutiva del fallo consiste en que el Tribunal decidió bajo dos ordinales distintos, el 1º y el 2º, lo mismo que en el fondo fue solicitado por el demandante bajo el ordinal 1º de la parte petitoria de su demanda; y ya que, de otro lado, mal se podría demandar y reconocer perjuicios a cargo de la Nación por el accidente de aviación de Santa Ana sin reconocer al propio tiempo, como lo hizo de manera expresa el Tribunal, que a la Nación hay lugar a declararla responsable de dicho siniestro de aviación.

Por donde resulta ser obvio que no es aceptable la tacha que hizo el señor Procurador Delegado a la sentencia de primer grado de haber fallado el Tribunal **ultra petita.**

Por otro aspecto niega el señor Procurador Delegado que aparezca debidamente comprobado en el proceso que la parte demandante hubiera sufrido perjuicios materiales, es decir, de carácter patrimonial propiamente dicho con ocasión de la muerte, ocurrida en el accidente de aviación de Santa Ana, del señor Jacobo Parra, esposo legítimo de la señora María del Carmen Avella v. de Parra y padre de María Elicinda Parra.

A este respecto se funda el señor Pricurador Delegado en lo Civil en la circunstancia de no reconocer el valor de plena convicción a las declaraciones rendidas en el juicio y en primera instancia por los testigos Pedro Pineda, Josué E. Riveros y Julio E. Laverde (fls. 13, 14 y 15 del Cuaderno número 2º) acerca del apoyo pecuniario que el señor Jacobo Parra prestaba a su esposa, la demandante.

En términos tales que al finalizar su estudio acerca de este tema se expresa así:

"De la lectura de tales declaraciones no se deduce ni remotamente en qué circunstancias de hecho se fundan los testigos para afirmar, por ejemplo, que el muerto dedicaba todo lo que devengaba para el sustento de su hogar; y esta justificación de sus afirmaciones era tanto más necesaria cuanto que, según aparece de autos, el señor Parra vivía en esta ciudad, y su familia en Puebloviejo. No sería, acaso, que él la había abandonado y venídose a vivir aquí para esquivar el cumplimiento de sus obligaciones? Podría argüirse diciendo que los hechos que podrían llevar a la conclusión de que sí había esos suministros eran domésticos, imposibles de ser presenciados por extraños. Pero es que los testigos sí habían podido deponer sobre cierto número de hechos crónicos, constantes y normales, de los cuales hubiera sido posible sacar algunos indicios para establecer una situación clara al respecto. Tales hechos concretos sobre los cuales hubieran podido declarar los testigos habían podido ser, por ejemplo, que la viuda recibía giros o valores declarados, que alguno de ellos hubiera presenciado la recepción del dinero enviado por el esposo, que le daban en préstamo dinero a la señora mientras le llegaba el que le mandaba su marido, etc., etc. Nada de esto sucede sino que los declarantes hacen afirmaciones rotundas y categóricas, sin dar la razón alguna de sus dichos."

De su lado el apoderado de la parte demandante da la siguiente contestación a las observaciones que se acaban de transcribir del señor Pro-

curador Delegado en lo Civil en los siguientes términos:

"Dice el Procurador que no hay pruebas de que Parra suministrase a sus allegados lo necesario para vivir y que quizás los tendría abandonados ya que vivía en Bogotá y ellos en Pueblo-viejo. Según esto, para un esposo y un padre ver o cumplir legalmente con los deberes de tal, tiene que estar al lado de sus allegados, aunque allí no tenga trabajo remuneratorio? ¿Y no bastaría acaso demostrar que ellos tenían el derecho a percibir lo suficiente para vivir, tomado del salario diario de ese seposo y padre, sin tener que demostrar que estaba cumpliendo ese deber, cosa que debe presumirse, porque es lo que ordinariamente ocurre y debe ocurrir en un hombre de la conducta de Jacobo Parra y sin detenerse a pensar que lo contrario, como anormal, como excepcional debe demostrarse?

"El mismo señor Procurador destaca lo fundamental en este punto de las declaraciones que rindieron los señores Pedro Pineda, Josué E. Riveros y Julio E. Laverde, ratificadas en juicio, para concluír con cosa distinta a lo que ellos dicen, porque exige algo que no es lo natural y posible, tal como detalles sobre lo que Parra llevara al hogar, etc. Esos declarantes dicen, de manera uniforme y precisa que Jacobo Parra trabajaba para atender al sostenimiento de su hogar con todo lo que devengaba y que su mujer es pobre, etc. No es posible que ellos digan qué devengaba día a día, qué llevaba al hogar día a día, etc., porque esos detalles ni el propio marido, ni la propia esposa los saben siempre ni los recuerdan y sólo se puede constatar el hecho de que un hombre trabaja para sí y los suyos, de que no invierte sus salarios en cosas distintas a lo del hogar y nada más. No se puede exceder de lo posible en la exigencia de las pruebas. Los declarantes eran amigos y conocedores de Parra y de su familia, sabían que era un buen hombre, que esa familia era pobre, que él trabajaba sólo para ella y eso es todo".

Encuentra razonable la Corte la contestación que precede dada por la parte demandante a las objeciones del señor Procurador Delegado en lo Civil, y como de otro lado, según los declarantes antes mencionados, el occiso Parra se dedicaba en Bogotá a trabajos de albañilería y similares, es obvio que llevaba una vida útil, y ello aparte de que no hay razón para presumir que ocurriera lo contrario; de todo lo cual se sigue el que puede admitirse que, con su muerte, se le causaron perjuicios materiales a la familia.

Mas he aquí que durante el término probatorio de esta segunda instancia se practicaron pruebas tendientes a fijar el monto del valor pecuniario del perjuicio causado. Se recibieron al efecto declaraciones y se obtuvo el dictamen de peritos.

Mas ya se vio que el Tribunal dispuso en su fallo que la fijación de esos perjuicios se hiciera mediante el trámite posterior de que trata el artículo 553 del Código Judicial. También es sabido que la parte demandante no interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal.

Y en tales circunstancias parece que no puede ser desatendida una solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien en su alegato presentado ante la Corte se expresó así:

"Subsidiariamente, y para el caso de que la Corte no aceptara los puntos de vista expuestos atrás, y considerara que sí se causaron perjuicios materiales, es decir, para el caso improbable de que considere que sí existe la **prueba plena y completa** del daño material cierto y realmente causado, pido que no se reforme la sentencia, en el numeral 2º, porque a la parte que represento le favorece la condenación en abstracto en él contenida y la parte demandante no apeló de la sentencia y por tanto, el recurso interpuesto por el señor Fiscal, en representación de la Nación, sólo se entiende interpuesto en lo desfavorable a ésta".

De consiguiente habrá lugar a confirmar la sentencia apelada por el aspecto de que se viene hablando, es decir, para que la liquidación del monto de los perjuicios materiales se haga en armonía con lo establecido por el artículo 553 del Código Judicial. En otros términos, y según lo solicitado por el señor Procurador Delegado, este punto del fallo de primera instancia no podrá ser modificado por la Corte en la presente sentencia.

Según el fallo recurrido fue condenada también la Nación a pagar a la señora María del Carmen Avella v. de Parra, demandante, y a su hija María Elicinda Parra, como valor de perjuicios morales, la cantidad de mil pesos ($ 1.00.00) para cada una.

Desde luego el valor fijado a estos perjuicios no podrá ser revisado por el Tribunal aun dentro de los límites del artículo 95 del Código Penal, que la Corte ha reconocido ser aplicable a este género de asuntos, si la variación hubiera de ser desfa-

vorable a la Nación, por cuanto, como ya se sabe, la parte demandante no interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal de primera instancia.

Por lo que respecta a la parte demandada, indudablemente la condenación de que se viene hablando fue también objeto de la apelación del representante de la Nación y por ello habrá lugar a expreso pronunciamiento acerca de tal condenación, aparte ello de que de no haber existido apelación, necesariamente el punto habría quedado cobijado por la consulta que, por razón de la naturaleza del fallo, ordenó el Tribunal en la sentencia misma materia de decisión.

Pero no está por demás observar que el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato antes citado presentado ante la Corte, de manera expresa al referirse a la condenación de que se viene hablando por razón de perjuicios morales (ord. 3º de la parte resolutiva del fallo del Tribunal), hubo de expresarse así:

"3º En cuanto a este ordinal, que contiene la condenación al pago de los perjuicios morales y siguiendo la doctrina seguida por la Corte, este despacho no tiene nada qué observar".

En sentir de la Corte y apareciendo de autos como incontrovertible que hay lugar a reparación de perjuicios morales subjetivos sufridos por la madre por la muerte de su hija y basados en la pena natural por aquélla experimentada, la fijación de la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) para tal resarcimiento está lejos de ser excesiva según antecedentes que registra la práctica de la Corte. De manera que resulta así manifiesto que hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia por el aspecto de que se viene rablando.

En lo concerniente al monto de la indemnización de los perjuicios morales asignados a la menor María Elicinda Parra, si bien es cierto que se trata de una hija póstuma del señor Parra víctima del accidente de Santa Ana y que no cabe por consiguiente basar el reconocimiento de perjuicios morales subjetivos en la pena de afección causada por la muerte trágica del padre, habría de manifestarse la existencia de tales perjuicios morales en el hecho de haber quedado privada la hija del cuidado, vigilancia y dirección moral de su propio padre. De ahí que se justifique la condenación dictada a este respecto por el Tribunal, así como la fijación equitativa de la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) como monto de la correspondiente indemnización.

Finalmente hay lugar a observar que, aunque la demanda se estableció también para demandar perjuicios a favor de la menor Ana Cecilia, como lo observa el Tribunal, no aparece que tuviera ella el carácter de hija natural de Jacobo Parra por haberla reconocido éste; que por tanto el matrimonio posterior no la legitimó y que en el acta respectiva nada se dice sobre el particular.

Además, como ya se sabe, el recurso de apelación del cual conoce la Corte fue interpuesto sólo por la parte demandada, es decir, por el representante de la Nación; de manera que en cuanto el Tribunal resolvió "No es el caso de hacer ninguna declaración a favor de Ana Cecilia Parra" es punto que hubo de quedar en firme bajo el sello de la ejecutoria de esta parte de la sentencia de primera instancia.

Cabe observar, que, por el contrario, para la legitimación en causa de la viuda de Parra y de su hija póstuma María Elicinda figuran, como comprobantes en el proceso, las correspondientes partidas de origen eclesiástico del matrimonio de los padres y del nacimiento de la hija. (Véanse fls. 2 v., 5 y 7 del Cno. Nº 1º).

Igualmente la muerte de Jacobo Parra, en el accidente de aviación de Santa Ana, aparece comprobada en forma suficiente con documentos auténticos pertinentes. (V. fls. 4, 19 y siguientes del Cuaderno Nº 1º).

Se observa para finalizar el presente fallo que el H. Consejo de Estado, según consta de autos, por providencia de 11 de septiembre de 1940 reconoció a favor de la viuda demandante un auxilio de dos mil ciento sesenta pesos ($ 2.160.00) que, según la misma providencia, debía considerarse como indemnización, o como parte de la misma, si judicialmente fuere condenada la Nación a pagar perjuicios.

Indica lo anotado que la sentencia del Tribunal debe reformarse en el sentido de que se impute la suma pagada por el Tesoro Nacional, en calidad de auxilio decretado por el Consejo de Estado, al monto de la indemnización resultante del presente fallo de la Corte y ya que en la parte resolutiva de dicha sentencia del Tribunal nada se dijo a este respecto.

En virtud de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Jus-

ticia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Bogotá el día 5 de marzo de 1942, con la única modificación de que del importe de la condenación por razón de perjuicios materiales de que habla el Or. 2º de la parte resolutiva del fallo de primera instancia hay lugar a deducir la cantidad de dos mil ciento sesenta pesos ($ 2.160.00) en cuanto hayan sido pagados por el Tesoro Nacional en armonía con lo resuelto por el H. Consejo de Estado en la providencia de 12 de septiembre de 1940.

No hay lugar a condenación en costas en esta segunda instancia.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

LANZAMIENTO

Tales documentos —los relativos a la administración de los Ferrocarriles Nacionales— hacen plena prueba al tenor del art. 632 del C. J., por emanar de funcionarios que ejercen cargos por autoridad pública en ejercicio de sus funciones.

Corte Supreca de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, señor Gustavo Téllez, obrando como representante legal de los mismos, solicitó que previos los trámites del Cap. 1º, Título XXXVII del Código Judicial, se condene al señor Rafael Prudencio de la Espriella, a restituír a la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, la casa que la Empresa del Ferrocarril de Barranquilla le dio en calidad de arrendamiento, por falta de pago en los cánones estipulados en el contrato de arrendamiento, y expone los siguientes hechos:

La Empresa del Ferrocarril de Barranquilla, dio en calidad de arrendamiento al señor Rafael Prudencio de la Espriella, una casa de propiedad de la Nación, que forma parte de los bienes del Ferrocarril, el cual es administrado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Dicha casa está situada en el municipio de Puerto Colombia y linda así: "Por el norte en doce metros (12 m.), con la Avenida Colombia; por el sur, en doce metros (12 m.), con zona del Ferrocarril de Barranquilla o calle de La Libertad; por el oriente, en diez y nueve metros (19 m:), con la carrera Policarpa, la que es propiamente un arroyo o alcantarilla abierta; y por el occidente, en longitud de veintidós metros con cincuenta centímetros (22,50 m.), con predio particular". El término del arrendamiento fue de un mes prorrogable a voluntad de las partes contratantes, a partir del 25 de noviembre de 1940 y el precio o canon de arrendamiento fue el de treinta pesos ($ 30.00) moneda corriente por mes.

El señor de la Espriella —dice el demandante— consignó el valor del arrendamiento de la casa hasta el 25 de mayo de 1941, fecha desde la cual ha dejado de pagarlo y se ha negado persistentemente a verificar la entrega del inmueble al Ferrocarril, a pesar de las reiteradas instancias con que se le ha solicitado.

Para probar los hechos y el derecho en que funda la presente demanda, el actor acompañó los siguientes documentos:

1º Copia del decreto número 1684 de 27 de agosto de 1943 por el cual fue designado como Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, copia del acta de posesión y certificado del Ministerio de Obras Públicas sobre actual ejercicio del cargo; (fs. 16).

2º Dos declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Julián Rodríguez A. y Darío Rincón ante el señor Juez 1º Municipal en lo Civil de Barranquilla, para acreditar la existencia del contrato de arrendamiento, la falta puntual del canon y los requerimientos privados. hechos al arrendatario.

3º Copias expedidas por el Administrador del Ferrocarril de Cartagena-Calamar, sección de Barranquilla, de los comprobantes oficiales en que constan las consignaciones hechas en la oficina de caja del Ferrocarril, por el demandado, del valor de los arrendamientos de la casa ya mencionada, entre el 25 de noviembre de 1940 y el 25 de mayo de 1941, en siete fojas útiles.

4º Copia de una carta dirigida al señor de la Espriella por el Inspector General del Ferrocarril de Barranquilla de fecha 6 de septiembre de 1941 (fs. 11).

5º Copia de la siguiente carta dirigida al señor de la Espriella por el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales en Cartagena con fecha 29 de enero de 1942: "Señor Rafael Prudencio de la Espriella. Puerto Colombia. Ref.: Pago de alquileres atrasados y entrega de la casa de propiedad del Ferrocarril que habita en Puerto Colombia. En distintas ocasiones se ha diigido a Ud. nuestra oficina en Barranquilla reclamándole el pago de las mensualidades que adeuda por con-

cepto de arrendamiento de la casa Nº 10, de propiedad del Ferrocarril de Barranquilla, situada en Puerto Colombia. También se ha solicitado la inmediata entrega de dicha casa, que ha sido traspasada al Banco Central Hipotecario para su venta.

Nuevamente nos dirigimos a usted para que se sirva entregarnos a la mayor brevedad la suma de doscientos diez pesos ($ 210.00), moneda legal, valor de los cánones de arrendamiento de la mencionada casa desde el 25 de junio de 1941 hasta el 25 de los corrientes. Al mismo tiempo nos permitimos notificarle que debe desocupar inmediatamente el bien arrendado.

Hacemos uso del derecho consagrado en el artículo 2035 del Código Civil. De usted atentos y s.s. (fdo.) Luis de la Cruz. Administrador".

6º Copia de la siguiente carta dirigida por el demandado al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales en Cartagena, de 4 de febrero de 1942 (fs. 13): "Barranquilla ,febrero 4 de 1942. Señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales. Cartagena. Me refiero a su carta de fecha 29 de enero recibida hoy, la cual me ha sorprendido por su contenido. La oficina del Ferrocarril en Barranquilla me notificó hace muchos meses que la casa Nº 10 de propiedad de los Ferrocarriles Nacionales, había sido vendida, junto con otras tres, al señor Carlos Madero Madero por el Banco Central Hipotecario, comisionado para el efecto, notificación que me obligó a la carta cuya copia le adjunto, por las circunstancias que Ud. fácilmente podrá apreciar. Posteriormente a la copia de la carta adjunta, se me comunicó verbalmente y por escrito, que el señor Madero estaba dispuesto a cederme la mencionada casa Nº 10 con una pequeña utilidad, **y que los arrendamientos quedaban automáticamente cancelados.** A la carta del señor Madero, que tengo a la vista, sólo he objetado el estrecho plazo que me concede para la operación, la cual estamos discutiendo. El hecho de que de las cuatro casas que fueron vendidas al señor Madero y Madero, ya dicho señor ha vendido dos y ha **recibido el valor de estas ventas,** me hace pensar, como creo, que sólo se trata de poca seriedad de parte del encargado de la oficina de Uds. en Barranquilla, señor Giocometto, —pues saltaría inevitablemente el dilema: O la oferta de venta del señor Madero a mí y la venta hecha por él de las otras dos casas, es incorrecta, o la carta de Uds. a que me refiero es inconducente por mala o apasionada información de su oficina de Barranquilla. Creo sinceramente en lo último. Ruego a Ud. decirme en forma categórica, para saber a qué atenerme, si las comunicaciones que tengo de su oficina en Barranquilla, de la Agencia del Banco Central Hipotecario y del señor Carlos Madero y Madero, son inexactas, o si se trata de un error —por mala información de su oficina en Barranquilla. No desearía molestar ne lo más mínimo a nadie, pero Ud. debe comprender que ya se me ha causado a mí un grave e inevitable perjuicio, son mis deseos aclarar este **Boyacá chiquito.** Soy de Ud. atto. y s.s. (fdo.) Rafael P. de la Espriella".

7º Copia de la Resolución por medio de la cual el señor Dr. Luis de la Cruz fue nombrado administrador del Ferrocarril de Cartagena; copia del acta de posesión; e informe sobre que en los meses de enero de 1942 y julio de 1943 desempeñaba dicho cargo con funciones administrativas respecto del Ferrocarril de Barranquilla. En dichos meses se dirigió por el Dr. de la Cruz una carta al señor de la Espriella y se autenticaron las copias sobre consignaciones de cánones de arrendamiento (fs. 17 a 19).

8º Copia de la resolución por la cual el señor José Giacometto fue nombrado Inspector General del Ferrocarril de Barranquilla y copia del acta de posesión e informe sobre que desempeñaba dicho cargo el 6 de septiembre de 1941 (fs. 20 a 23).

En derecho funda el actor la presente demanda, en lo dispuesto en el Título 26, capítulos 3º y 4º del Código Civil y en el Título XXXVII, Capítulo 1º del Código Judicial y en las demás leyes pertinentes.

Durante la tramitación de este negocio, dado el traslado de rigor, el demandado la contestó negando los hechos y el derecho en que se pretende apoyar la referida demanda, y, al oponerse, pidió que el negocio se abriera a pruebas de acuerdo con la ley, para lo cual consignó los $ 30.00 correspondientes a un canon de arrendadamiento.

El negocio fue abierto a pruebas, y en el término respectivo no se presentó ninguna por las partes. Vencido como está dicho término probatorio, y siendo competente esta Sala para conocer y decidir sobre el asunto, según lo establece el artículo 40 del Código Judicial, pasa a estudiar y resolver lo conveniente en el presente caso.

En el expediente no aparece documento alguno en que conste la celebración del contrato de arrendamiento entre la Nación y el Sr. Rafael Prudencio de la Espriella.

Los declarantes señores Julián Rodríguez A. y Darío Rincón G., están acordes en afirmar que el 27 de noviembre de 1940, hallándose ellos en la oficina del señor Administrador del Ferrocarril de Barranquilla, se encontraban allí reunidos los señores Rafael Prudencio de la Espriella, el Señor Administrador de los Ferrocarriles de Barranquilla, Cartagena y Calamar, Sr. Eugenio Gacía A. y el Sr. Giacometto; que se dieron cuenta exacta de que el Sr. Eugenio García y el Sr. de la Espriella, efectuaban un contrato de arrendamiento en virtud de lo cual recibió de la Espriella una casa y solar en el distrito de Puerto Colombia, situada en el Camellón, que forma esquina con el arroyo; que el arrendatario recibió el contrato de arrendamiento para hacerlo firmar del fiador, prometiendo traerlo inmediatamente, sin que desde ese día haya aparecido más; y que de la Espriella se fue a Puerto Colombia y ocupó la casa. En el contrato dicho señor se obligó a pagar al Ferrocarril un canon de treinta pesos mensuales, según afirman los declarantes, y que quedó el señor Giacometto con todas las facultades para ejercitar toda acción, autorizado por el señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales de Barrnaquilla, Cartagena, Calamar, quedando así en dicho documento con carácter de arrendador y aceptado por la Espriella, quien al no traer el documento, como no lo trajo nunca, el contrato de arrendamiento tiene el carácter de verbal y con aceptación del señor de la Espriella. En dicho contrato, agregan, se estipuló el término de un mes para la duración del arrendamiento y que también es cierto que está en mora de la Espriella desde el mes de junio del año de 1941 hasta la fecha; que también es cierto que el señor Giacometto le ha hecho a de la Espriella los requerimentos escritos y personales para la entrega del inmueble sin conseguir que sea desocupado ni menos pagados los arrendamientos en mora. Dicen los declarantes que esto último les consta por haber acompañado al señor Giacometto a hacer los requerimentos al arrendatario y por haber visto los requerimientos escritos dirigidos por el señor Giacometto a de la Espriella.

Pero estas dos declaraciones extrajuicio que figuran en el expediente no han sido ratificadas durante el término probatorio del presente juicio y, por ello, no se las puede tener como prueba (C.J. artículo 693), pues dada la oposición del demandado, tal requisito era necesario para acreditar, con citación de él, lo que en ellas reza.

Considera la Corte, sin embargo, que existen en autos otros elementos de convicción que son suficientes para comprobar la existencia del contrato de arrendamiento de que se habla y la falta de pago puntual del canon estipulado. Tales elementos son las cartas, ya citadas, que con fechas 29 de enero y 4 de febrero de 1942 se cruzaron entre el demandado señor de la Espriella y el encargado de la administración de los Ferrocarriles Nacionales en Cartagena y Barranquilla, y las copias de las cuentas o recibos que de la Espriella conceló en concepto de cánones correspondientes a algunos meses de arrendamiento de la finca de que se trata.

Tales documentos —los relativos a la administración de los Ferrocarriles Nacionales— hacen plena prueba al tenor del artículo 632 del C. J., por emanar de funcionarios que ejercen cargos por autoridad pública en ejercicio de sus funciones; y el relativo al señor de la Espriella —la carta-contestación dada por él a la del 29 de enero de 1942 al Administrador de los Ferrocarriles de Barranquilla y Cartagena— tiene también ese valor de plena prueba para la Corte por cuanto ella corrobora que estaba ocupando la casa de que se trata, y aunque en ella habla de que se le comunicó que el señor Carlos Madero estaba dispuesto a cederle la casa número 10 con una pequeña utilidad (probablemente en venta), allí mismo agrega el señor de la Espriella **"que los arrendamientos quedaban automáticamente cancelados".**

Del texto de esta carta y del de la Administración de los Ferrocarriles a que ella se refiere, claramente se deduce que el valor de los arrendamientos a que aludía el demandado y que debían, según él, incluírse a cuenta del presunto precio de la casa número 10, estaba pendiente, y que esos cánones pendientes de pago se referían a la finca número 10 de propiedad de los Ferrocarriles Nacionales situada en Puerto Colombia y que estaba habitando el demandado, pues a eso aludía la carta del 29 de enero de 1942, ya citada, a la cual daba él respuesta en la suya del 4 de febrero del mismo año.

Por lo que se deja erpuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta el lanzamiento del Sr. Rafael Prudencio de la Espriella de la casa a que se refiere la parte motiva del presente fallo y su entrega a la Administración de los Ferrocarriles Nacionales.

Comisiónase al Alcalde Municipal de Puerto Colombia para que verifique el lanzamiento. Líbrese el despacho a que haya lugar.

No se ordena la devolución de los treinta pesos consignados por el demandado, por no haber sido éste absuelto en la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA CONTRACTUAL

Conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 76 de 1920 el registro que lleva el conductor de un tren y, por consiguiente, el informe que dé tal empleado basado en los datos de ese registro, tiene el valor de plena prueba especialmente si el informe hubo de ser ratificado bajo juramento.

(Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

El día 18 de abril de 1941, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y por medio de paoderado, presentó demanda el señor Gavino Rodríguez Quiroga, en representación de su hijo menor de edad, Jesús Rodríguez Castellanos, demanda dirigida contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y en la cual el demandante pidió así:

"a) Que del contrato de transporte válidamente celebrado el día 26 de enero del año en curso por el menor adulto Virgilio Rodríguez de su peculio profesional o industrial con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por conducto del empleado encargado de la venta de tiquetes en la estación de El Santuario, nació a cargo del transportador la obligación de resultado consistente en conducir a este pasajero sano y salvo al lugar de su destino que lo era el de Bogotá;

"b) Que por el incumplimiento de la mencionada prestación de seguridad, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es contractualmente responsable del daño causado ese día al menor Virgilio, daño proveniente del hecho culposo (culpa que por lo demás se presume), de los empleados del Ferrocarril Central del Norte, en ejercicio de sus funciones, especialmente del conductor, el maquinista y el jefe de estación y del hecho del convoy, en virtud de los cuales hechos el pasajero fue cogido por el tren y con motivo de ello perdió el brazo derecho, se fracturó la pierna del mismo costado, sufrió otras lesiones muy graves, su estado de salud es bastante precario y ha quedado imposibilitado por el resto de sus días para el ejercicio de su oficio de carpintero y de cualquiera otro suficientemente lucrativo;

"c) Que en consecuencia, se condena al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales a pagar en dinero al menor adulto José Virgilio o Jesús Rodríguez Castellanos, directamente ó por intermedio de su padre legítimo Gavino Rodríguez Quiroga, el valor de los perjuicios materiales causados a la víctima, la cuantía de los cuales se determinará en el curso de este juicio o en el de las diligencias que procedan para el cumplimiento de la sentencia".

Y bajo el título de **Afirmaciones**, la parte demandante relató los hechos fundamentales de la demanda en los siguientes términos:

"1ª El domingo 26 de enero de 1941 José Virgilio de Jesús Rodríguez, con el objeto de viajar a Bogotá en el tren de la tarde compró un tiquete de 3ª clase en la taquilla de la estación de El Santuario del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª.

"2ª Inmediatamente después se dirigió a tomar el vagón de pasajeros integrante del convoy y que quedó estacionado enfrente de la taquilla.

3ª Al dar Virgilio el primer paso sobre el peldaño más bajo del estribo, el convoy se puso bruscamente en movimiento. El pasajero, que no tenía por qué estar prevenido, fue arrojado impetuosamente sobre la carrilera a causa de la súbita y violenta trepidación de los carros. Las ruedas de los vagones le molieron el brazo derecho, y los estribos y demás material muerto de los mismos le fracturaro la pierna del costado derecho y le contusionaron seriamente en la cabeza y otras regiones del cuerpo.

"4ª El jefe de estación no había hecho la señal de partida. Fue el conductor del tren quien imprudentemente silbó al maquinista para que arrancara y éste lo hizo al instante con arreba y sin prevenir al público mediante la señal usada con el pito de la locomotora.

"5ª Debido a los gritos y llamadas de los espectadores el tren se detuvo. El Jefe de estación quien no se hallaba en el andén cuando partió

ıvoy, salió apresuradamente del interior del ficio y tuvo un altercado en alta voz con el nductor y puso a los presentes de testigos de e él no había dado la señal de partida. Según reglamento de la empresa la venta de tiquetes suspende cierto tiempo antes de la partida del n, lo cual tampoco fue observado.

"6ª El tiquete de Virgilio, con algunas monedas éste, quedó sobre la carrilera y de allí lo re- gieron personas que acudieron en ayuda de la tima del accidente. El tiquete le fue entregado jefe de estación.

"7ª En ese mismo convoy fue conducido Virgi- hasta Bogotá en donde fue hospitalizado por enta propia en el establecimiento de beneficen- pública de La Hortúa. Los cirujanos provisio- lmente le cortaron la parte distal del brazo de- cho y le harán una segunda intervención qui- rgica cuando el estado fisiológico del enfermo permita. No se le ha podido hacer el trata- ento ortopédico para la fractura de la pierna recha. Todavía se ignora qué otras lesiones in- ectuales y físicas puedan quedarle. Su estado salud continúa muy delicado. En adelante no drá ejercer la carpintería.

"8ª José Virgilio de Jesús ejercía en Bogotá el cio de carpintero como empleado de una car- ntería en donde ganaba alrededor de $ 3.00 dia- s. El día del accidente regresaba de visitar a s padres a quienes ayudaba pecuniariamente. conducta como hombre de trabajo y miembro familia era ejemplar y sus patronos se mostra- n muy satisfechos de las capacidades, habili- d, buena índole y voluntad de perfecciona- iento de su empleado. Nunca podrá volver a tra- jar en algún oficio suficientemente lucrativo.

"9ª El Estado es el dueño del servicio público transportes en la línea del Ferrocarril Central l Norte, servicio en cuya administración es au- nomo el establecimiento público nacional de- andado.

"10ª José Virgilio de Jesús Rodríguez Castella- s es hijo legítimo de Gavino Rodríguez Quiro- y de Mercedes Castellanos C. Nació en San Mi- uel de Sema el 29 de julio de 1921. En la aldea su origen, tanto la víctima como su familia n muy estimados por los vecinos, debido a la norabilidad de su conducta.

"11ª El día 26 de enero de 1941 el menor Virgi- , antes del accidente, demostraba que sus con- ciones anatómicas y fisiológicas eran normales su conducta la de una persona en el completo uso de sus facultades mentales".

Finalmente apoyó su acción el demandante en los títulos 14 del Libro 1º del C. C. y 36 **ibídem**; 1º, 2º, 12, 26, 28, 34 del Libro 4º del C. C.; 5º del Libro 2º del C. de Co.; IV, X, del Libro I y XVIII del Libro II del C. J.; y en todas las demás disposiciones legales que sean pertinentes.

Antes de ser admitida la demanda fue materia de decisión previa lo concerniente a la competencia del Tribunal para conocer del asunto. En efecto, en providencia de 27 de mayo de 1941, el Tribunal declaró no tener competencia para conocer de él. Pero habiendo apelado la parte demandante de esta resolución, la Corte en auto de 4 de septiembre del mismo año de 1941 hubo de revocar tal resolución y disponer en consecuencia, que el Tribunal conociera del negocio en primera instancia.

Admitida, en consecuencia, la demanda por el Tribunal en virtud del auto proferido el día 29 de octubre de 1941, se le corrió traslado al señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, quien contestó en lo pertinente así:

"Entrando a contestar la demanda a fondo, en cuanto a las afirmaciones o hechos en que ella se apoya, expongo a usted lo siguiente:

"Al 1º No me consta, debe probarse;

"Al 2º No me costa, debe probarse;

"Al 3º Lo niego, pues José Virgilio de Jesús Rodríguez C. al tomar el tren se prendió del vagón restaurante, estando ya el tren en movimiento, y llevando en la mano una maleta pesada, lo que indudablemente lo hizo caer del vagón a tierra entre la cuneta y la carrilera;

"Al 4º Lo niego, debe probarse;

"Al 5º No me consta, debe probarse;

"Al 6º No me consta;

"Al 7º No me consta;

"Al 8º No me consta, debe probarse;

"Al 9º No acepto;

"Al 10º No me consta, y

"Al 11º No me consta, debe probarse.

"Con relación a las declaraciones que solicita el demandante, sean hechas por ese H. Tribunal en beneficio de su cliente, me permito observar lo siguiente:

"a) Que el contrato de Transportes para que se considere válidamente celebrado entre un pasajero y la respectiva Empresa transportadora, requiere el cumplimiento de varias condiciones, desde luego que es un contrato bilateral, que si se prueba mediante la exhibición del correspon-

diente billete o tiquete de transporte exige también como condición indispensable que el pasajero tome el tren en condiciones normales, y no infrinja los respectivos reglamentos de la Empresa transportadora. En cuanto al señor Rodríguez Castellanos se refiere, el primer acto en relación a su contrato de transporte, consistió precisamente en tomar el tren estando ya en movimiento, lo cual está prohibido expresamente por los reglamentos de las Empresas Férreas Nacionales, los cuales tienen fuerza legal obligatoria, como parte integrante del referido contrato de transporte.

"b) Que el incumplimiento del contrato de transportes con relación al demandante, no es imputable al Consejo de Ferrocarriles Nacionales, dado que el pasajero se prendió al carro restaurante, estando ya el convoy en movimiento, por consiguiente no estando en condiciones normales para ser tomado el tren, a lo cual debe agregarse que el pasajero al infringir los reglamentos, determinó con su imprudencia a que ocurriera el accidente, dado que llevaba una maleta pesada que ni siquiera alcanzó a arrojar en la plataforma del coche restaurante, sino que dominado por el peso cayó al suelo, quedando entre el andén y la carrilera. Que a pesar de haber sido infringido en esta forma por el pasajero el contrato de transportes, éste se cumplió por el Ferrocarril, desde luego que se transportó desde la Estación del Santuario a esta ciudad, en donde fue esperado por el Médico Jefe de Sanidad, atendido debidamente y conducido en una ambulancia a la sala de urgencia del Hospital de la Hortúa, y allí atendido debidamente, y

"c) Que como consecuencia de lo anterior, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no está obligado a pagar suma alguna al demandante, desde luego que por parte de éste se infringió el contrato de transporte, pues el tren se demoró en la Estación más de cinco minutos, proveyéndose de agua la locomotora, espacio que dio tiempo suficiente a los demás pasajeros para ocupar los vagones correspondientes a la clase de tiquete comprado para el transorte. En el caso remoto de que ese H. Tribunal declare alguna responsabilidad del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, debe tenerse en cuenta para hacer dicha declaración lo dispuesto por el artículo 2357 del Código Civil, según el cual la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

"Niego el derecho causa o razón de l
manda".

Surtida la primera instancia con el lleno d
trámites de rigor vino el fallo del Tribunal
tado el día 6 de diciembre de 1942, cuya part
solutiva trae el contenido que en seguida se t
cribe:

"Primero: No se encuentran acreditados lo
chos exculpativos de responsabilidad alegados
parte del Consejo Administrativo de los Fer
rriles Nacionales, ni ellos constituyen en sí ex
ción perentoria de ausencia de culpa, ni dete
nan que la culpa en el accidente proceda ex
sivamente del damnificado José Virgilio de J
Rodríguez Castellanos.

"Encuéntrase acreditada la culpa concurr
en que éste incidió, y por esto el monto de l
demnización que se le reconoce en los numer
siguientes se le reduce en un cincuenta por cie

"Segundo: Declárase que el Consejo Adm
trativo de los Ferrocarriles Nacionales que
la Ley 29 de 1931, con personería e independe
autónoma, para responder por sí mismo, co
patrimonio puesto bajo su guarda, es civilm
resposable, de modo directo, por culpa cont
tual comprobada, del accidente ferroviario
rrido el veintiseis de enero de mil novecie
cuarenta y uno en la estación de El Santuario,
Ferrocarril Central del Norte, Sección Segu
que administra la entidad dicha, consistente
que José Virgilio de Jesús Rodríguez Castella
en la tarde de aquel día, en el momento de s
al vagón restaurante del convoy ferroviario
viajaba a Bogotá, en su condición de pasaj
cayó del estribo de ese vagón a consecuencia
que el convoy por haber sido despachado sin
correspondiente aviso de una campanada, se p
repentinamente en movimiento y esto determ
que por estar Rodríguez Castellano despreven
en la tarea de tomar acceso al tren y con la
cunstancia de estar sobrecargado de peso por
maleta que portaba, fue a dar sobre la carrile
bajo las ruedas del convoy, por cuya caída su
heridas y lesiones corporales que le mantuvie
enfermo en el Hospital de beneficencia de la H
túa en esta ciudad, diez meses, diez días y le
capacitaron además de por vida para trabajar
su profesión de carpintero, especialmente po
pérdida del brazo derecho, y como entre el C
sejo Administrativo de los Ferrocarriles Naci
les y el damnificado Rodríguez Castellanos,
gió el contrato de transorte por compra del ti

propio tiempo que por el principio de con-ción de acarreo en el momento de tomar ac-al vagón dicho, aquella entidad incumplió el ato anotado y el daño expresado de heridas das por el mentado José Virgilio Rodríguez putable al Consejo Administrativo de los Fe-rriles Nacionales.

rcero: Consecuencialmente a la declaración ior, condénase al Consejo Administrativo de errocarriles Nacionales a pagar, a título de nización por los daños dichos, materiales o as e incapacidad permanente o integral para jar en la profesión de carpintería, sufridos, é Virgilio de Jesús Rodríguez Castellanos los ntes perjuicios de lucro cesante:

La suma de cuatrocientos trece pesos, trece vos ($ 413.13) valor de salarios de diez me-iez días, que dejó de devengar por haber per-cido durante ese lapso enfermo en el hospi-e beneficencia de la Hortúa, en esta ciudad, casión de las heridas varias que sufrió y en-edades derivadas, todo por causa del acci-antedicho.

rágrafo. Se advierte que en la liquidación sta suma se ha hecho el descuento del cin-a por ciento, por concepto de culpa concu-e y que se ha tomado como base la prueba ue el carpintero Rodríguez Castellanos de-aba por razón de su trabajo la suma de nta pesos ($ 80) mensuales.

El lucro cesante por la pérdida para el nificado de su profesión de carpintero, sobre-da a causa del daño permanente de la pérdida razo derecho y de las demás heridas y lesio-ufridas. El valor de este lucro será una suma valente a la que colocada en un Banco de la d, en depósito a largo plazo, o invertida en de habitación produzca al seis por ciento l como renta una suma de cuarenta pesos uales, suma aquella para cuya fijación en su o se liquidará de acuerdo con las bases fija-n la exposición motiva que antecede y en la unidad de que trata el artículo 553 del C. J.

e advierte que al fijar como base de esa li-ación la suma de cuarenta pesos y no la de nta que determinan las pruebas del salario devengaba, mensualmente, el damnificado íguez Castellanos, es porque se aplica desde la reducción del cincuenta por ciento por pto de la culpa concurrente reconocida en umerales anteriores de la presente parte re-solutiva a favor de la entidad demandada y en contra del actor damnificado.

"Cuarto: No hay lugar a considerar perjuicios morales porque no se suplicaron.

"Quinto: Declárase acreditada la tacha de los testigos Isaías Cuervo R. y Jesús María Camargo, aducidos por la parte demandada, por presumirlas parciales, por estar los testigos en el caso del numeral 2º del artículo 669 del C. J., tacha que fue alegada por el litigante actor. Declárase probada también y por las mismas razones la tacha del testigo Alfredo Días.

"Sexto: Declárase no probada la tacha que por falta de imparcialidad alegó la parte actora, de los testigos Ursula Pineda y Alfonso Tinjacá.

"Séptimo: No se hace condenación en costas por estar exonerada la entidad demandada".

A solicitud de la parte demandante este fallo fue materia de una aclaración, que aparece en providencia de 25 de marzo de 1943, que en lo pertinente reza así:

"Por tanto, el Tribunal administrando justicia en nombre de la Rep-blica de Colombia y por autoridad de la ley, aclara el ordinal b) del punto tercero del fallo así:

"El porcentaje que debe tomarse como fundamento para fijar el lucro cesante o su monto, de que trata el citado ordinal b) es el invariable o fijo del seis por ciento anual".

Ambas partes litigantes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia definitiva y en virtud de ese doble recurso de apelación conoce hoy la Corte del presente juicio.

En esta segunda instancia fueron practicadas nuevas pruebas a solicitud de la parte demandante, y ambas partes alegaron de conclusión.

Para fallar la Corte considera:

La parte demandante en su alegato presentado ante la Corte concluye solicitando el que se modifique la sentencia del Tribunal en el sentido de declarar que no existió culpa concurrente de la víctima, es decir, del señor Rodríguez Castellanos, y que "en virtud de que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es civilmente responsable, de modo directo, por culpa contractual comprobada, del daño causado al demandante, aquél debe pagar a la víctima por concepto de daño emergente, la suma de los jornales que se pagaban a Rodríguez y que éste dejó de devengar desde el día 26 de enero de 1941, hasta el día en que fue dado de baja en el Hospital de Beneficencia de la Hortúa; y por el concepto de lucro ce-

sante la suma de los jornales progresivos por todo el tiempo que se calcule, de acuerdo con el cuadro estadístico, la duración de su vida; y además debe la entidad demandada pagar al demandante los médicos, los exámenes bacteriológicos y radiológicos, y las medicinas que para el restablecimiento completo de su salud se requieren".

De su lado el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales en su escrito de 19 de junio de 1944, presentado ante la Corte, alegó los dos siguientes puntos fundamentales a su juicio:

"a) Que Virgilio Rodríguez, violó desde su iniciación el contrato de transporte celebrado entre él y el Ferrocarril Central del Norte, toda vez que infringió los Reglamentos de la Empresa transportadora por haber tomado el tren estando éste ya en movimiento, y b) Que Virgilio Rodríguez se expuso temerariamente a que le ocurriera el accidente, por cuanto en el momento de coger la plataforma del coche restaurante, llevaba una maleta de regular tamaño que no alcanzó a arrojar sobre la plataforma, y dominado por el peso de ella cayó al suelo.

"Trataremos por separado estos dos puntos.

"Respecto del primero, conviene anotar en primer lugar que el contrato de transporte de personas en un Ferrocarril, no se celebra o se entiende celebrado, sino cuando se presta el servicio con sujeción a las normas y reglamentos existentes. De este contrato, que, como lo anota Josserand, es sinalagmático, nacen obligaciones o prestaciones recíprocas para las partes contratantes. El transportador se obliga a conducir al viajero a su destino y éste a su vez se obliga, no solamente a pagar el precio del tiquete, sino también a cumplir numerosas prescripciones reglamentarias, entre las cuales una de las más importantes es precisamente la que obliga al pasajero a no subir ni descender del vagón que le corresponde estando el tren en movimiento. Y es claro, que si el viajero por su parte y desde la iniciación del contrato, viola sus estipulaciones, hace imposible para el transportador el cumplimiento de lo que a él se ha obligado, que es a conducir al pasajero a su destino.

"Que Rodríguez violó el contrato, tratando de subir al tren estando éste ya en movimiento, es un hecho que está comprobado con los informes rendidos por el Agente de Policía Luis Siervo Jiménez, quien venía de servicio en el tren, y por el Conductor de dicho tren, señor Jesús María Camargo, informes que fueron ratificados b juramento dentro del juicio, y con las decua ciones de Ursula Pineda y Alfonso Tinjacá, tes gos presenciales del accidente.

".....

.....

"El Tribunal en su sentencia acogió sobre e punto las declaraciones presentadas por la pa demandante y desechó en parte las pruebas ad cidas por el Consejo, aceptando la tacha propue ta por el abogado del actor, basada en el hecho ser los declarantes empleados subalternos del F rrocarril Central del Norte o del Consejo Adm nistrativo de los Ferrocariles Nacionales.

"Respecto al infome rendido por el Conduct del tren, debe tenerse en cuenta que conforme lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 76 1920, el registro que lleva el Conductor de tren, en el cual anota los incidentes que ocurra durante el viaje, hace fe acerca de lo ocurrido el viaje, y por tanto, el informe de dicho emple do basado en los datos de ese registro, y ratifi cado, como queda dicho, y como lo fue, bajo ju ramento, dentro del juicio, tiene el valor de plen prueba, salvo prueba mejor en contrario que e mi concepto, en el presente caso no fue producid en autos.

"Y en cuanto dice relación a la tacha de los te tigos presentados por el Consejo y que en pa te fue aceptada por el Tribunal, observo lo s guiente:

"Los empleados al servicio de los Ferrocarrile Nacionales están clasificados como empleados pú blicos o del servicio oficial, según decisiNn del E Consejo de Estado, en Acuerdo de fecha 17 de ju lio de 1936, y a los empleados públicos no es apl cable la tacha de impedimento para declarar po parcialidad que se supone y de que trata el ord nal 2º del artículo 669 del C. J., según lo ha di puesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Ne gocios Generales, en auto de fecha 19 de abril d 1933, en el juicio de Jesús María Henao de Fran cisco contra la Nación, y por medio del cual s sentó la doctrina de que esa clase de tachas, tra tándose de empleados públicos no podían prospe rar legalmente".

Desarrolla en su alegato el señor Administra dor General de los Ferrocarriles Nacionales su apreciaciones acerca de los puntos fundamentale enunciados en la transcripción que se acaba d hacer y concluye solicitando de la Corte el qu se reforme el fallo de primera instancia en su

inales 1º, 2º, 3º y 5º de la parte resolutiva y
se declare en su lugar que el Consejo Admi-
trativo de los Ferrocarriles Nacionales no está
igado a pagar suma alguna al demandante por
cepto del accidente sufrido, por haber el pa-
ero infringido el contrato de transportes, vio-
do los Reglamentos de los Ferrocarriles.

No obstante el alegato referido contiene el si-
iente pasaje final:

'Subsidiariamente y para el caso de que no se
eda a la petición anterior, pido que si la Cor-
encontrare comprobado suficientemente algún
tivo de imputabilidad a la Empresa Férrea
errocarril Central del Norte", se confirme el
lo de primera instancia, con aplicación del ar-
ulo 2357 del C. C. en cuanto a la apreciación
daño, debiéndose hacer la reducción corres-
ndiente, por concepto de culpa concurrente en
e incurrió el damnificado por haberse expues-
imprudentemente".

Si en el presente asunto puede llegarse a la con-
sión de aparecer establecido de autos que en-
el señor Rodríguez y la empresa del Ferroca-
l quedó ajustado el contrato de adhesión sobre
nsporte de la persona de aquél, la responsabi-
ad civil por lo acaecido al pasajero, indefec-
lemente debe recaer sobre la empresa trans-
rtadora.

Se basa esta solución en el contenido del ar-
ulo 322 del Código de Comercio, el cual esta-
ece, refiriéndose al contrato de transporte, que
os empresarios están obligados:...

"4º A indemnizar a los pasajeros del daño que
frieren en sus personas, por vicio del carruaje,
r su culpa, la de los conductores o postillones".

Y sirve también como razón para reconocer la
lpabilidad de la parte demandada, en el su-
uesto de la referida existencia del contrato de
ansporte, la presunción de culpabliidad por
rte de la empresa misma o de sus empleados,
esunción de culpabilidad que, por razón de la
ligrosidad propia de este sistema de transortes,
lla su fundamento legítimo según jurispruden-
a reiterada y constante de la Corte, en el ar-
ulo 2356 del Código Civil.

De manera que si al señor Rodríguez le vendió
empresa un tiquete o pasaje para su transporte
por obra del tren mismo que aquél debía tomar
frió un daño el pasajero, hay lugar a admitir
ie corresponde a la empresa dicha suministrar
ueba cabal de que el accidente ocurrió por cul-
del pasajero en consideración.

A este propósito el Tribunal del conocimiento trae el siguiente análisis de elementos probatorios:

"A fols. 26 vlta., 27, 28, 31 vlta., 33, y 34 del cua. 2, obran las declaraciones en forma de ratificación, rendidas ante el Corregidor de San Miguel de Sema por despacho librado en comisión, por este Tribunal, y surtido dentro del término probatorio, de Santos Rodríguez y Enrique Ospina, quienes depusieron que el día 26 de enero de 1941, en la Estación El Santuario, vieron que llegó Virgilio Rodríguez a eso de las cuatro de la tarde en adelante completamente sano. Y que vieron que compró el tiquete en la taquilla de la Estación. (Punto sexto de las declaraciones).

"Santos Rodríguez asevera que vio que Virgilio cogió el tiquete en la mano derecha 'y se dirigió a tomar el vagón que estaba un poquito adelante de la puerta de la estación'. Que presenció que cuando Virgilio puso el pie en la escalinata o escalón no había sonado la campana que anuncia la salida del tren y ni tampoco la oyó sonar en ese momento ni a tiempo que partió el tren'. (Respuesta octava).

"Enrique Ospina dijo: 'Agrego además, para ratificar el hecho de Rodríguez haber comprado su tiquete que tuve en mis manos el dicho tiquete, cuando el guarda-cambio Carrillo (cuyo nombre de pila ignoro), lo recogió del suelo a donde había rodado junto con unas monedas que a consecuencia del golpe se le cayeron también'. Y al punto octavo dijo: 'Me consta que hasta el momento en que Virgilio Rodríguez, puso el pie en el estribo del vagón, no había sonado la campana señal de partida y el tren se encontraba parado todavía'.

"Y Francisco Sierra cuya declaración obra a fls. 28 y 29 del cua. ibídem, depuso sobre que vio a Virgilio Rodríguez en la fecha del suceso, en la Estación del Santuario, antes de subir el tren a Bogotá, de las cuatro y media de la tarde, que se encontraba sano. Que no le vio comprar el tiquete, 'tan sólo lo vi cuando la mano de Virgilio estaba trozada en medio de la carrilera y junto a ésta el tiquete, una moneda de cincuenta centavos y una de dos que las recogí y se las entregué al señor Jefe de la Estación'. (Declaración al punto 6º).

"En la declaración de Santos Rodríguez al punto duodécimo dijo: 'Sí es cierto por haberlo presenciado que a consecuencia de la caída de Rodríguez y cogida por el tren le fue trozada la

mano derecha que quedó en medio de los rieles y un tiquete junto a la mano'.

"Las declaraciones anteriores que pormenorizan varios detalles, constituyen una prueba plena sobre que Rodríguez compró el tiquete cuando el tren estaba todavía detenido, frente a la taquilla de la Estación, en el día, sitio y hora del suceso. Los testigos Santos Rodríguez y Ospina presenciaron que compró el tiquete y que con él en la mano se encaminó a tomar el vagón que le correspondía, y habiendo principiado el acceso al tren, cuando ninguna señal o anuncio de partida había sonado, y estando en ese acceso o sea subiendo la escalinata o estribo del vagón, el tren se puso en marcha en forma inesperada y en esas condiciones se produjo el accidente. Los dos testigos mencionados con Sierra, todos tres contestemente deponen sobre que vieron (ya producido el suceso del accidente, se entiende e inmediatamente) el tiquete caído junto a unas monedas, que unas de éstas las recogió uno de los testigos y otro el tiquete o que lo tuvo en sus manos cuando el empleado del ferrocarril o guarda-cambio Carrillo lo recogió".

De manera que, teniendo en cuenta los elementos probatorios de que habla el Tribunal en la transcripción que precede, no puede exonerarse a la empresa de responsabilidad sin comprobación adecuada de que la culpa en el accidente de que fue víctima Rodríguez descansa en su cabeza propia.

Mas no hay en el proceso prueba que sea plena y suficiente de que Rodríguez en aquellos momentos procedió de manera culposa.

Se ha alegado a este propósito que portaba Rodríguez en esos momentos una maleta de viaje, cuyo peso determinó o contribuyó a que cayera del tren, originándose así el accidente del cual fue víctima aquél.

Empero es manifiesto que si respecto de la empresa férrea hay lugar a presumirla culpable, según la tesis que se ha venido desarrollando, culpable en el sentido de dar por aceptado que el tren fue puesto en movimiento cuando no ha debido ocurrir ello, movimiento inoportuno que fue el causante directo del accidente, es manifiesto que mal puede admitirse una supuesta concurrencia de culpa del lado del pasajero por haber subido al carro llevando al propio tiempo consigo su maleta de viaje y en orden a reconocer efectos jurídicos a esta supuesta culpa del pasjero en consideración. Y es que aparece de manifiesto que sin el movimiento del tren, movimiento que se considera extemporáneo, la caída de Rodríguez no habría tenido las consecuencias específicas de naturaleza grave, que los autos relatan. Y el haber portado entonces la maleta en referencia que aparece como un detalle sin importancia, o al menos sin trascendencia en la cuestión jurídica debatida en este litigio.

Y siendo ello así no era del caso dar aplicación, como la dio el Tribunal de primera instancia, al artículo 2357 del Código Civil y al reconocer, como lo hizo, también alguna culpa a cargo de la víctima del accidente.

No obstante lo que se acaba de expresar, y por cuanto la parte demandada ha venido sosteniendo en el litigio que el señor Rodríguez, sin justificación alguna de su parte, se subió imprudentemente, llevando la maleta, al tren ya puesto en marcha; y, como en el evento de que ello hubiera realmente ocurrido de esa manera, tal ocurrencia desplazaría la culpabilidad presunta de la empresa hacia la culpabilidad del pasajero, es necesario entrar a examinar ahora si las razones y pruebas presentadas por la parte demandada, dan pie para aceptar como jurídicas las susodichas pretensiones de tal parte demandada.

Observa, en efecto a este propósito el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales en su alegato de la segunda instancia, y según transcripción antes hecha en la presente providencia.

Que respecto al informe rendido por el Conductor del tren ha de tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 76 de 1920, el registro que lleva el conductor de un tren y, por consiguiente, el informe que dé tal empleado basado en los datos de ese registro, tiene el valor de plena prueba, especialmente si el informe hubo de ser ratificado bajo juramento.

Que en cuanto a la tacha de los testigos presentados por el Consejo de Ferrocarriles y, al tratarse de empleados de la empresa, han de mirarse ellos como empleados públicos, y que a los empleados públicos no es aplicable la tacha de impedimento para declarar por falta de imparcialidad y en relación con asuntos de la empresa respectiva.

Como bien se comprende, para el mejor dominio de este tema fundamental del debate, interesa transcribir en seguida los informes rendidos por el agente de Policía Luis Siervo Jiménez y por el conductor del tren señor Jesús María Camargo.

El informe del agente Jiménez aparece incluído en la siguiente comunicación:

"Ferrocarril de Cundinamarca—Policía Nacional—División Ferrocarriles—2ª Sección — Bogotá, enero 27 de 1941.

"Señor Jefe de Transportes del F. C. del Norte. Presente—Ref.: transcribe informe sobre accidente en la estación de El Santuario.

"Para su conocimiento y demás fines tengo el gusto de transcribir a usted el informe rendido a este Comando por el agente Luis Siervo Jiménez, quien venía de servicio en el tren número 2 de ayer, Barbosa-Bogotá, relativo al accidente ocurrido en la estación de El Santuario".

".... Para informar con el debido respeto a esa Superioridad, que viniendo de servicio en el tren Nº 2 Barbosa-Bogotá, en el día de ayer, Cond. Camargo, Maq. Ospina, Loc. número 69, a las 4 y 25 p. m. salíamos de la estación de El Santuario y cuando el tren se encontraba en marcha lo tomó un individuo que responde al nombre de Virgilio Rodríguez, tarjeta de identidad número 72307 de Bogotá, de 16 años de edad, profesión carpintero, quien llevaba una maleta en la mano, la que seguramente lo dominó yendo a caer debajo del tren causándose la amputación del antebrazo derecho, la fractura de la pierna del mismo lado y otras contusiones en el cuerpo. El tren paró como a unos 10 metros de distancia de donde quedó el herido el que fue recogido por la tripulación y conducido al coche furgón donde le hizo las primeras curaciones una enfermera que venía como pasajera con los elementos de la caja de emergencia y luego en Bogotá fue atendido por el doctor Walteros quien ordenó ponerle una inyección de suero y luego conducirlo en una ambulancia a la clínica de urgencia y después al hospital de la Hortúa. — Respetuosamente, (fdo.) Luis Siervo Jiménez. Placa '138'—Soy de usted atento y S. S. (Fdo.) **Isaías Cuervo R.**, Sub-Tte. y Comdte. Sección".

Y en cuanto al informe dado por el conductor del tren, es del siguiente tenor:

"Ferrocarril Central del Norte—Sección Segunda y Nordeste—Bogotá, 27 de enero 1941.

"Señor Jefe de Transportes—Copia señor Inspector Liévano—Presente — Ref.: Informe sobre un accidente.

"El tren número 2 de ayer, remolcado por Loc. número 69, maquinista señor Carlos Ospina, fogonero señor Antonio Rubiano y conducido por el suscrito, hizo su recorrido normal hasta la estación del Santuario, donde al subirse el señor Virgilio Rodríguez fue víctima de un desgraciado accidente que le ocasionó la pérdida del brazo derecho.

"El accidente ocurrió así:

"El tren llegó a esta estación a las 16 h. 28 mts. es decir, con cuatro minutos de retardo y allí se demoró cinco más cogiendo agua.

"Cuando ya se había despachado, pero todavía sin ponerse en movimiento, llegó presuroso el señor Rodríguez a tomar el tren lo que hizo en el preciso instante en que el convoy iniciaba la marcha.

"El señor Rodríguez alcanzó a prenderse del estribo del coche restaurante, pero como portaba una maleta de regular tamaño, al querer colocarla sobre la plataforma, ésta lo dominó en tal forma que le hizo perder el equilibrio y caer junto a la vía pasándole las ruedas del mismo coche por sobre el brazo.

"Por la circunstancia de haber cogido agua en esta estación y emplearse para esta labor dos freneros, no había ninguno en esa plataforma de modo que no fue posible prestarle ayuda en el momento crítico y también porque todo ocurrió en segundos y además se le estaba prestando atención a otros pasajeros que llegaron tarde.

"El tren paró a unos 25 metros adelante de donde quedó el herido e inmediatamente se recogió y en el tren le hizo todas las curaciones del caso la señorita Ana García, enfermera de la Clínica de 'Pompilio Martínez' quien casualmente viajaba en el tren. Todas las drogas, ampolletas, vendajes y demás útiles que se emplearon fueron tomados de la caja de sanidad.

"El tren constaba de nueve vehículos en el siguiente orden: 4 coches de tercera, el de equipajes, el restaurante y 3 coches de primera.

"El maquinista y en general la tripulación de la máquina son enteramente ajenos a este accidente, pues se había despachado desde antes de terminarse la cogida del agua.

"En Santuario se demoró el tren 6 minutos más debido al accidente y a ésta llegó a las 20 h. 33 mts.

"El herido como queda dicho, se llama Virgilio Rodríguez, es de profesión carpintero y aparenta tener unos veintitrés años de edad siendo natural de Fúquene.

"Según el dictamen del doctor Walteros, quien lo examinó a la llegada a ésta, el estado general del herido era bueno aunque se imponía una ope-

ración de urgencia, siendo por tanto llevado rápidamente al hospital en la ambulancia de la Policía que al efecto se había pedido.

"De usted atto. servidor, (Fdo.) **Jesús M. Camargo**, Conductor".

Pudiera admitirse por vía de simple discusión que los informes transcritos están acordes en el sentido de que Rodríguez tomó el tren cuando iniciaba su marcha y que en tal virtud podría pensarse que procedió imprudentemente, máxime yendo entonces sobrecargado e impedido con el peso de su maleta de viaje; y que, por consiguiente, ha de reconocérsele como única persona culpable de su propio accidente.

El señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales da especial importancia al informe rendido por el conductor del tren e invoca al efecto, como ya se vio, lo estatuído en el artículo 19 de la Ley 76 de 1920, o sea que el registro que lleva el conductor de un tren, "en el cual anota los incidentes que ocurran en el viaje, hace fe acerca de lo ocurrido en el viaje".

Y es natural que ello sea así, dadas las funciones propias del Conductor del tren, pero es obvio que ese valor probatorio del informe que aquél rinda no puede tenerse por pleno y mucho menos por irrefragable cuando tal informe se da acerca de los detalles de un accidente, y cuando ocurre que precisamente sobre responsabilidad civil por ese accidente es por lo que ha sido emplazada en juicio la respectiva empresa ferroviaria; y, de manera especial, cuando se ha indicado en el debate, con razones serias desde luego, que el más directo y principal responsable del accidente en consideración lo fue el referido conductor del tren.

Para ilustrar el punto de que se viene hablando interesa conocer también la cuidadosa anotación que sobre las pruebas referentes al punto mencionado hizo el Tribunal sentenciador:

"En el caso de autos no se dio la señal de anuncio de partida, anuncio de partida que también es sabida de todos, generalmente coexiste o debe coexistir con un pitazo de la locomotora que es como un signo de que oyó la voz de salida y que se apresura a acatarla el maquinista.

"Los testigos relatan que ni una ni otra cosa se oyeron, pero sí un silbato dado por el conductor del tren, esto es por el Jefe del tren.....

"....

"El testigo Moya, nos dice, que inmediatamente se efectuó el suceso y se detuvo el tren y se abrió la consiguiente investigación de qué había su dido, oyó gritar al Jefe de Estación: 'No sean b tos yo no había dado o no dí la vía'.

"Nereo Rodríguez relata que el Jefe de Es ción del Santuario, señor Alfredo Díaz, dijo p que lo oyó: 'Yo no he despachado el tren toda quién lo despachó?' Y que el conductor del t le contestó: 'Usted lo despachó'. Que Díaz le plicó: '¿Cuál de los señores que están ahí h oído tocar la campana?' Y que Díaz 'citó co testigos a los que nos encontramos presentes c él no había despachado el tren'.

"Santos Rodríguez, al respecto refiere que Jefe de la Estación señor Díaz, inmediatame a la alarma, salió y dijo: 'a pagar ese muchac yo no he despachado el tren todavía'. (Respue décimatercera). Que se suscitó una discusión tre Díaz y el conductor del tren, en la que ca uno se hacía el cargo de que era el otro quien había despachado. Que Díaz se aproximó a Rod guez cuando estaba tendido en el suelo, herido ordenó prestarle auxilios. Que Díaz citó como t tigos a los que se encontraban presentes pa acreditar que él no había dado con la campana señal de partida del tren. Y que una señora un doctor Jaramillo quien le preguntó al Jefe la Estación sobre qué había ocurrido, luego q él se lo relató, la señora le observó, que ella ' había oído la campana y que se le hacía raro q con un silbo se despachara el tren'.

"Francisco Sierra, al respecto coincide en esencial con los testigos anteriores. Así dice en respuesta décimatercera, que fue cierto que A fredo Díaz, luego de producido el accidente, sa a la puerta de la Estación y dijo: "A pagar e muchacho, yo no he despachado el tren todav no lo toquen mientras llegan los empleados tren'.

"Enrique Ospina depone también sobre las p testas del Jefe de Estación, respecto a su no r ponsabilidad, a que él no dio la orden de salida al altercado o discusión que al repecto tuvo c el conductor del tren. Este testigo en su respu ta décimasexta asevera que un señor Roberto ramillo y su señora Elena de Jaramillo protes ron de manera enérgica, 'por la imprudencia conductor del tren, diciendo que ignoraban des cuando se había establecido la costumbre de d pachar el tren únicamente con silbos.' Que concurrentes todos protestaron 'igualmente p ese imprudente y peligroso procedimiento de denar la marcha del tren'.

Y vienen por último estas tres declaraciones
se conectan entre sí y que son en concepto
Tribunal muy importantes: Antonio Casas (fls.
. Este testigo relata que el día del accidente
aba en Bogotá, y que el día que regresó de
a, no lo determinó, llegó a la estación Santua-
y presenció que llegaron familiares del dam-
icado, Gavino y Salomón Rodríguez a inquirir
Jefe de la Estación, Alfredo Díaz, cómo se ha-
verificado el suceso; y que Díaz lo relató, ex-
sando 'que él estaba parado mirando por la
ntana, que luego se había sentado para pedir la
a Fúquene y que en ese momento había sen-
o la alborada, que había salido a la puerta y
e había visto que ya estaban levantando al he-
o Virgilio y que la mano estaba que corcovia-
en el enrielado, pero que él no había despa-
ado el tren todavía'.

'La anterior declaración procede, a juzgar por
lenguaje empleado, que se trata de un analfa-
ta labriego.

'Alfredo Díaz, Jefe de la Estación del Santua-
(fls. 13 vlta. y 14 cua. 2).

'Este declaró que el 26 de enero de 1941, día
l suceso, desempeñaba el cargo de Jefe de la
tación del Santuario, 'De los Ferrocarriles Cen-
ales del Norte, Sección Segunda'. Que le consta
e ese día se ocasionó 'un accidente de tránsito,
el cual perdió un brazo un hombre que des-
és de la alarma y del bochinche ocasionado,
pe se llamaba Virgilio de Jesús Rodríguez y por
a alarma salí a ver qué era lo que ocurría y me
cuenta de que estaba en el suelo un hombre
ndido y que le hacía falta una mano, la cual
taba entre la carrilera y el andén de la esta-
ón'. (Respuesta tercera). Afirmó que el tren se
moró cogiendo agua en el tanque de aprovisio-
miento, que cuando el frenero arrolló la man-
era al tanque, él, el declarante Díaz, dio los
mpanazos reglamentarios, los cuales fueron con-
stados por el maquinista de la locomotora que
nducía el tren, que no le consta que el conduc-
r hubiera dado pitazo alguno, pero que inme-
atamente a los campanazos, según su deber, de-
ó despachar el tren por medio de una seña, la
al siempre la hacen con una bandera o con un
ñuelo. Que ese día sólo vendió dos tiquetes de
imera clase y que según el archivo de la ofici-
del control de Bogotá, en las respectivas pla-
llas no aparece tiquete de tercera clase vendido
e día (respuesta sexta). Negó que le hubieran
ntregado tiquete alguno, al tiempo del levanta-
miento del herido pero sí reconoció que 'unos
trueques sí se los entregaron', y que esos true-
ques se los entregó al padre, señor Gavino Rodrí-
guez; los cuales se los entregó a Díaz el empleado
Alcides Carrillo.

"Afirmó que el día 16 de febrero del presente
año, fecha en que declaró era todavía empleado
del Ferrocarril Central del Norte, Sección Se-
gunda.

"Y viene la declaración del doctor Joaquín Os-
pina Ortiz, quien en la fecha del 10 de febrero de
1941, o sea quince días después del suceso, era
Juez 2º del Circuito en lo Penal de Chiquinquirá,
y quien con esa fecha certificó o declaró bajo ju-
ramento, por medio de certificación, la visible al
fol. 10 vlta. del cua. 2, extrajuicio, declaración
ésta que fue ratificada ante el Tribunal directa-
mente, el 26 de marzo del presente año, ratifica-
ción que obra a fls. 48 y 49 del referido cua. 2.

"De dicha declaración se deduce: que el día si-
guiente del suceso el Jefe de Estación del Santua-
rio, don Alfredo Díaz, le dijo o refirió al testigo,
'que el tren había arrancado antes de dar él la se-
ñal de partida, o sea una campanada; y que el se-
ñor Díaz atribuía el insuceso al ya citado hecho
de haber arrancado el tren extemporáneamente'.
Y agregó: 'Parece que la víctima cayó desde el
estribo del vagón, y según el señor Díaz la rueda
de alguno de los carros le amputó una mano. Le
hirió gravemente otras partes del cuerpo y con
los estribos de los vagones le golpeó por tres o
cuatro veces la cabeza, pues el joven al intentar
pararse, sufría el choque contra los dichos estri-
bos, ya que el tren iba en marcha. Le oí decir, o
contar que el joven Rodríguez tenía por profesión
la de carpintería. Lo anterior es un resumen de
lo esencial sobre que versó mi conversación con
el citado Jefe de Estación'. Y agregó luego, como
amplificación a lo anterior: 'Eso sí quiero hacer
constar ahora que el Jefe de Estación Alfredo
Díaz, en conversación que tuvimos aproximada-
mente unos tres meses me dijo que el tren no ha-
bía arrancado antes de la campanada a que hace
referencia la certificación anterior; pero yo le
hice notar que ésta era una variación en una afir-
mación que él anteriormente me había hecho, y
que yo había hecho constar que el tren partió an-
tes de la campanada. De manera pues que el se-
ñor Díaz en la segunda conversación contradijo
lo que ya me había dicho; y me atrevo a decir
que era más desprevenida la afirmación primera
que la segunda'.

"Dada la categoría del anterior declarante no se puede poner en duda su veracidad y sirve para poner de manifiesto que el Jefe de Estación del Santuario hizo una confesión extrajuicio, en la que reconoció la infracción al reglamento de transportes consistente en que se incurrió en una negligencia culposa por parte de los empleados de la empresa, del conductór que hizo partir el tren con peligro de quienes en ese momento, como Virgilio Rodríguez se aprestaba dentro de lo anormal y con un legítimo derecho, a tomarlo.

"La declaración de Casas ligándola a la del doctor Ospina Díaz (sic) explica muy bien que Alfredo Díaz se retractó de la confesión que le hizo al segundo y la importancia que tiene la expresada declaración del doctor Ospina Díaz (sic) es la de que convence al Juzgador respecto a que los testigos antes anotados que acreditan las circunstancias en que se verificó el suceso con culpabilidad de la empresa por haber despachado el tren con entero descuido, dicen la verdad".

Se sigue de las transcripciones que preceden, las cuales están basadas en las constancisa de los autos, que por lo que mira a su interés personal y a su responsabilidad civil, independientemente de la que incumbe a la empresa a cuyo servicio estaba, el conductor del tren, señor Camargo, tiene grave causal de inhabilidad a efecto de que lo que hubo de informar tenga fuerza de plena convicción para el sentenciador.

De manera que acerca de la cuestión de si Rodríguez subió al carro del tren cuando ya éste había iniciado su marcha, quedaría la declaración del subteniente de policía, cuya declaración aún en el supuesto de que ese testimonio no fuera tachable, tacha admitida por el Tribunal, el informe de él no tendría mayor valor que el de un simple testigo juramentado.

Cabe observar ahora que en la segunda instancia declaró a petición de la parte demandante el testigo Eliecer Guatava, donde afirma éste, según lo expresado por el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, que el tren ya estaba en marcha cuando Rodríguez compró el tiquete.

Por su parte el apoderado del demandante trata de explicar esta aseveración de su propio testigo asignándole el carácter de un simple concepto acerca del punto debatido.

Se comprende, en todo caso, que de una parte parece difícil que un testigo pueda precisar con absoluta certeza si el tren ya estaba en movimiento cuando lo tomó Rodríguez habiendo ido i diatamente después a tierra; o si lo ocurrido sistió en que se puso en movimiento el tren instante mismo en que el pasajero ascendió a se fue luego a tierra; y así que las declarac de estos testigos, contradichas además, com se sabe, por otras que figuran en el proceso ca de que aún el tren estaba parado cuando dríguez ascendió a él, no puede llevar a una teza que exceda de lo que expresó el propio ductor del tren en el informe antes transcr en cuanto dijo: "llegó presuroso el señor R guez a tomar el tren lo que hizo en el pr instante en que el convoy iniciaba la marcha

Y lo que se viene observando en relación los testimonios del Agente de Policía Luis S Jiménez y del declarante Eliecer Guatava, aplicarlo también a lo expresado sobre el m tema de la marcha ya iniciada del tren, a la claraciones de los testigos Ursula Pineda y fonso Tinjacá presentados por la parte de dada, máxime si se tiene en cuenta que d testigos fueron tachados, por la parte demar te, de falta de imparcialidad, alegando para razones y pruebas presentadas en la segunda tancia y que no aparecen desprovistas de fu mento.

De manera que, aceptando que el tren fu mado por Rodríguez en el preciso moment que el convoy iniciaba la marcha, es decir, coincidió su salida con el ascenso a él del s Rodríguez, no aparece demostrado con ell manera suficiente, que hubiera existido culp parte del expresado Rodríguez hasta el punt eliminar la presumible de la empresa de t portes, presunción de la cual hubo de hacers tes mérito en el presente fallo.

Y es que ha de quedar entonces siempre en el interrogante de si se puede culpar al señor dríguez de haberse subido al tren sobrecar con el peso de su maleta y sin que haya en prueba adecuada de que ya se había dado el previo de la salida del tren y existiendo, p contrario, como existen en el proceso, grave dicios de que tal aviso no fue dado con la d oportunidad y en debida forma (declaracione tes citadas en el presente fallo). Pero hay aún en el supuesto de que Rodríguez sólo al a llegar al carro al cual subió cuando éste i ba su movimiento, ¿podrá quedar exenta de ponsabilidad la empresa que, habiéndole ve el tiquete respectivo, según parece lo más ra

curriera en realidad, al tenor de las constan-
le los autos, no demostró que lo hubiera he-
con una anticipación tal y con los anuncios
iados sobre partida del convoy que revelara
prudnecia, el descuido y la desidia del pa-
o, constituyéndolo así en responsable de su
o accidente?

sigue de lo que se deja expuesto que no hay
a librar de responsabilidad en el presente
o a la empresa del ferrocarril, y por consi-
ite al Consejo Administrativo de los Ferro-
les Nacionales, parte demandada en repre-
ción del Estado.

no hay lugar tampoco a la atenuación de su
nsabilidad en atención al hecho de haber
lo el damnificado con una maleta de viaje al
n del cual cayó, y visto el contenido del ar-
o 2357 del Código Civil, por cuanto ha que-
suficientemente comprobado en el juicio que
sitio en donde ocurrió el accidente la forma
al de subir los pasajeros al tren es la de as-
er cargados con sus propias maletas de viaje.
nse declaraciones de Tobías Sierra, Alfonso
era C., Efraím Mojica, Carlos Villarreal y
en el cuaderno número 5).

do esto, aparte de que parece que el punto
influencia de la maleta en la caída exigiría
lictamen pericial matemático sobre mecánica
nal, dictamen que no figura en el proceso, si
la parte demandante plantea en su alegato
a segunda instancia este interrogante de or-
técnico.

atención a las consideraciones que preceden
caso de dictar el presente fallo a favor de
arte demandante.

sado el Tribunal en prueba testimonial hubo
stimar, y así queda ello consignado también
a parte resolutiva de su fallo, que el señor
ríguez devengaba por razón de su trabajo
carpintero la suma de ochenta pesos ($ 80)
suales, suma ésta que el propio Tribunal hubo
educir, para el efecto de los cómputos de per-
os, en un cincuenta por ciento (50%) o sea
cantidad de cuarenta pesos ($ 40.00).

r su parte estima la Corte, que la fijación de
uantía del salario que, por razón del acciden-
ejó de obtener el carpintero señor Rodríguez
ntras estuvo hospitalizado y luego en el curso
u vida no puede hacerse sin la intervención
peritos que, teniendo desde luego en cuenta
actuales constancias del proceso dictaminen
e dicha cuantía. En otros términos, la prueba pericial se hace necesaria, de una parte como elemento de control sobre la prueba testimonial misma acerca de la cantidad diaria que se dice ganaba o podía ganar el señor Rodríguez en su oficio de carpintero y de otra parte para determinar si su capacidad para el trabajo, aún dentro de la profesión mencionada, desapareció en absoluto, o dentro de qué límites tuvo ella una pérdida o disminución efectiva.

Lo que se acaba de expresar servirá de base para la liquidación que tendrá lugar en el incidente previsto por el artículo 553 del Código Judicial.

También servirá de base para estos efectos el cálculo de la vida útil probable de Rodríguez, para la cual habrá lugar a servirse de las tablas de probabilidad de la vida humana en Colombia formadas por las Compañías de Seguros de Vida.

Cabe observar ahora que el Tribunal hizo la condenación en cuanto a la forma de hacer el pago por razón de la indemnización en materia de lucro cesante declarando que "El valor de este lucro será una suma equivalente a la que colocada en un Banco de la ciudad, en depósito a largo plazo, o invertida en casas de habitación produzca como renta una suma de cuarenta pesos mensuales".

Por su parte ha considerado la Corte que el sistema de pago que se acaba de mencionar, puede presentar dificultades de orden práctico y de ahí que considere preferible un sistema de pago inmediato en dinero, naturalmente teniendo en cuenta, como se ha venido practicando en numerosos casos de indemnización de perjuicios que han estado al conocimiento de los Tribunales Superiores y de la Corte, que por lo regular el perjuicio se presenta sucesivamente en el decurso de varios años y que por consiguiente hay lugar a descuentos para cuyo cómputo han de hacerse los correspondientes cálculos matemáticos.

Ya se vio que la parte demandante solicita en su alegato de la segunda instancia que por concepto de lucro cesante se le ordene pagar a Rodríguez la suma de jornales **progresivos** por todo el tiempo que se calcule la duración de su vida.

Empero estima la Corte que no hay lugar en este fallo a dar por sentado y por judicialmente cierto que el señor Rodríguez tondrá en el decurse de su vida probable salarios **progresivos,** Y ya que, además, por razón del transcurso de los años puede llegar un momento en que el monto del salario en lugar de aumentos tenga disminución.

Se observa para terminar que, aunque la sentencia del Tribunal contenga en su parte resolutiva algunas declaraciones que en el fondo deben subsistir, hay lugar a revocar en todas sus partes dicho fallo con sustitución completa de la parte resolutiva, dada la forma demasiado extensa y por consiguiente poco técnica que fue usada, para el efecto de hacer tales declaraciones, por el referido fallo del Tribunal.

En mérito de lo que se deja expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º Revócase la sentencia apelada dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente asunto con fecha 16 de diciembre de 1942;

2º Declárase que la Nación representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es civilmente responsable de los daños corporales sufridos por el señor Virgilio de Jesús Rodríguez Castellanos el día 26 de enero de 1[illegible] en la estación de El Santuario, del Ferrocar[illegible] Central del Norte, Sección 2ª.

3º Condénase a la Nación, representada por [illegible] Consejo Administrativo de los Ferrocariles Nac[illegible] nales, a pagar al señor Virgilio Rodríguez Cas[illegible] llanos el valor de los perjuicios materiales por[illegible] sufridos con motivo de tal accidente y por raz[illegible] de lucro cesante a partir de la fecha en que [illegible] accidente ferroviario mencionado hubo de o[illegible] rrir;

4º Se absuelve a la Nación de los demás carg[illegible] formulados en la demanda;

5º No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en [illegible] GACETA JUDICIAL y devuélvase el expedie[illegible] al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarad[illegible] Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna [illegible] Nicolás Llinás Pimienta, Secretario .

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

usación de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo Nº 1900 de 8 de agosto de 1945.—No prospera la demanda del doctor Francisco José Ocampo por falta de materia sobre la cual fallar.—Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 1

exequibilidad de los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1943.—Diferencia entre privilegio y preferencia.—Prospera la acusación del doctor Eustorgio Sarria. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez... 3

lvamento de voto de los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán, Miguel Arteaga H. e Isaías Chaves 9

ordena estar a lo dispuesto en sentencia proferida sobre el mismo asunto.—Se decide sobre la demanda formulada por el señor Alfredo T. Ortega contra el artículo 1º de la Ley 35 de 1943.—Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H..... 11

manda de inexequibilidad del inciso 2º del artículo 18 del Decreto Ejecutivo Nº 2736 de 1935.—No es competente la Corte para conocer de la demanda del doctor Saúl Zárrate Rengifo.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 12

creto Nº 181 de 1942, acusado como inexequible en sus artículos 1º y 2º — Prospera parcialmente la acusación formulada por el doctor Hernando Uribe Cualla.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 14

lvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 23

Págs.

Demanda de inexequibilidad de los Decretos 1640 y 1644 de 13 y 14 de julio de 1944, sobre CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. Son exequibles los Decretos acusados por el doctor Pedro Nel Rueda Uribe.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 24

Adición del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán a las razones aducidas en la parte motiva de la ponencia y del fallo.... 51

Salvamento de voto del Magistrado doctor Víctor Cock 55

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 60

Salvamento de voto del Magistrado doctor Domingo Sarasty M. 67

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta 75

Acción petitoria de inconstitucionalidad del artículo 1º del Decreto Nº 2931 de 1944.— No compete a la Corte el conocimiento de la demanda del señor Alberto Llaña Vezga. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 78

Exequibilidad del artículo 28 de la Ley 153 de 1887.—No prospera la acusación formulada por el señor Jorge Julio Quintero. — Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 80

SALA DE CASACION CIVIL

Reivindicación — Dictamen pericial — Cásase parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Sixto Moyano y Ofelia Suárez contra María Teresa Gracia. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 84

Págs.

Acción de nulidad de un testamento.—Testamento nuncupativo—Firma a ruego—Casación parcial del fallo del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Arturo Vivas Acosta contra Luis María y Alfredo Maldonado. — Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 87

Responsabilidad por culpa extracontractual. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Dimas Orjuela y Anita Pardo contra Jorge Ricardo Vejarano.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 95

Indemnización de perjuicios—Personerías sustantiva y adjetiva—Confirmada la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario de Roque Peñaranda contra la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 99

Impugnación de una línea de deslinde—Confirmada la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el ordinario de Lorenzo Sierra O. contra los herederos de Ignacio Uribe Echeverri.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 106

Acción de dominio—Determinación e identidad de lo reivindicado—No se casa la sentencia del Tribunal de Buga en el ordinario de Matías Ramírez Pacheco contra Alfonso Jaramillo Bernal, Pedro Iza, "Vallejo Restrepo Hermanos" y otro. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas..... 111

Acción de nulidad de un contrato—Confesión extrajudicial—Confirmada la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de María del Rosario Correa contra Elisa Correa Díaz.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 116

Objeciones a una partición—Adquisiciones de derechos futuros en una sucesión — Ratificación—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá sobre las objeciones a la partición de los bienes de la sucesión de Aura María Sierra, formuladas por Alberto Sierra.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 123

Acción de resolución de un contrato—No se accede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario de Abdón Moscoso C. contra José Manuel de la Torre.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 126

Cumplimiento de sentencias extranjeras—Se niega el **exequatur** solicitado por el doctor Juan Francisco Mújica a nombre de Juan Arias Jr. sobre una sentencia de la Corte Suprema de Panamá.—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda..... 129

Acción petitoria de pago de perjuicios por culpa extracontractual—No se casa la sentencia del Tribunal de Bogotá en el ordinario de Carmen Peñuela vda. de González y otros contra "Compañía Productora de Derivados del Dulce, S. A."—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda..... 132

Acción para pago de una suma de pesos—Cásase parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en, el ordinario de Francisco J. Castaño contra Bernardo Jaramillo Sierra. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 141

Reivindicación— Determinación de lo reivindicado—Error de hecho—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ordinario de Gentil Pérez U. contra Abraham Loaiza. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 147

Contrato de promesa de venta de una finca raíz.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Emilio Montoya contra Joaquín V. Ortiz—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 150

Objeciones a una partición — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Gumercindo Romero contra la sucesión ilíquida de Miguel Romero.—

Págs.

Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestroza Daza 154

Casación por la causal 5ª del artículo 520 del Código Judicial — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Joaquín González U. y Concepción González contra Abraham Holguín—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.. 159

Acción de dominio—Error de derecho y error de hecho—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el ordinario de Blanca Dorsonville de Molenda contra Mario E. Dorsonville, Carlos Dorsonville y Manuel A. Dorsonville.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 161

SALA DE CASACION PENAL

Abuso de autoridad — Se reforma el auto de proceder dictado contra el ex-Magistrado del Tribunal Superior de Buga doctor Miguel Ocampo Patiño y se le llama a responder en juicio por abuso de autoridad. Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo 167

Audiencias del proceso — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condena a Leandro Murillo a 15 años de presidio por homicidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 172

Pena—Confirmada la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condena a Francisco Ortega a 4 años de prisión y 4 de relegación a una colonia agrícola, por corrupción de menores.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 175

Se declara que no hay lugar a adelantar procedimiento alguno contra el doctor Gonzalo Restrepo por los cargos que, como a Contralor, le hizo el doctor Laureano Gómez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 178

Recusación de un Magistrado—La amistad o la enemistad como motivos de recusación. No se separa al Dr. Eduardo Orozco Ochoa del conocimiento del proceso que contra Olmedo Londoño cursa en el Tribunal Superior de Pereira por extorsión y chantaje. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 181

Causal 2ª de casación en materia penal—Significación del verbo "acechar" y de la palabra "acechanza"—Se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que impuso a Virgilio Burbano Dazá 16 años de presidio por asesinato.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez. 185

Documento o prueba secreta—Objeto del recurso de revisión—No se revisa el proceso contra José de los Santos Nanclares en que se le impuso la pena de tres años de presidio y cinco de relegación a una colonia agrícola por el delito de lesiones personales. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 190

Violencia carnal—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali en que se condenó a Isabelino Reyes Prieto a diez años de prisión por violencia carnal.—Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada.. 194

Detención preventiva—Se ordena la libertad del doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano, en el proceso que contra él se sigue por detención arbitraria. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada..... 197

Salvamento de voto del Magistrado doctor Domingo Sarasty M. 200

Violencia carnal—No se invalida la sentencia del Tribunal de San Gil que señaló a Martín Fonseca la pena de 5 años de prisión por violencia carnal.—Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty 202

Casación por desacuerdo del veredicto con la sentencia acusada en un proceso por homicidio—Se absuelve a Ulpiano Usuga del delito de homicidio en la persona de Lisardo Castaño.— Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 205

Págs.

Extradición de ciudadanos de países distintos al que la pide y concede.—Concepto favorable sobre la extradición de Jorge Collarte Toro, solicitada por el Gobierno del Ecuador—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 211

Caracteres diferenciales del homicidio ultraintencional y el imperfecto.—No se invalida la sentencia del Tribunal de Manizales en que se condenó a Roberto Mario Bueno Duque a 5 años, 4 meses de presidio por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 214

Noción de la enfermedad, la desfiguración y la perturbación en el delito de lesiones.— Confirmada la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que impuso a Gerardo Andrade Erazo un año de presidio por lesiones personales. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 217

El abuso de autoridad en la figura del artículo 171 del Estatuto Penal—Se absuelve al doctor Alfonso Jaramillo Sánchez del cargo de abuso de autoridad formulado contra él. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno.. 220

Delitos militares—Se dirime en favor del Juzgado Penal del Circuito de Montería la competencia provocada por el Comando de la Brigada del Grupo de Caballería Rondón Nº 2, por el conocimiento de los hechos cometidos por el Cabo 1º Jorge A. Rueda.— Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 227

Competencia por delitos de leprosos cometidos fuera de los leprocomios.—Se radica en el Juzgado del Circuito de Contratación el conocimiento del proceso contra Arquimedes Moreno por lesiones personales. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno.... 229

Aplicación del principio de la ultraactividad de la ley procesal penal. — No se accede a declarar desierto el recurso de casación interpuesto por Raúl y Cupertino Tamayo contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que los condenó a siete años un mes de presidio por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 230

Figuras del homicidio imperfecto y actos que las caracterizan.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Joaquín Velasco a 15 años de presidio por homicidio frustrado.— Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 232

La anomalía psíquica como base de aplicación de medidas de seguridad. — Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el proceso contra Roberto Trujillo Flórez por asesinato y lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno.... 239

Resoluciones de los Jueces de Policía—No se revisa la providencia de la Prefectura Judicial de Bogotá que condenó a Arturo Bernal Hernández a 5 años de colonia penal. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 243

Homicidio intencional — Segunda Causal—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali que impuso a Lucio Cortés Popó la pena de 8 años de presidio por homicidio.— Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 244

Homicidio-asesinato—Auto de proceder en los juicios en que interviene el Jurado — Embriaguez en el momento de ejecutar el hecho delictuoso. — Circunstancias de mayor peligrosidad.—Se invalida el fallo del Tribunal Superior de Pamplona, en el proceso contra Víctor Moncada Suescún, por asesinato.—Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 247

Deserción del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que impuso a Dionisio Manrique 4 años de presidio por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada.. 252

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Competencia negativa promovida por la Sala

Págs.

Civil del Tribunal de Popayán a la Sala Penal del mismo.—Conocimiento por el Juez Civil del aspecto penal que la quiebra pueda presentar. — De la apelación interpuesta contra el auto de proceder dictado por el Juez 1º del Circuito de Popayán, en el juicio de quiebra iniciado por Abel Jaramillo y Cía., y otros, contra Jacobo Jaffe.—Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 254

Demanda de revisión de una sentencia que otorga una pensión a un miembro de la Rama Jurisdiccional. — No se admite la propuesta por el señor Pedro Afanador Gómez. Magistrado ponente, D. Ramón Miranda... 257

Responsabilidad del Estado por culpa de sus agentes y empleados.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y se condena a la Nación a pagar a William Ernest Aitken una indemnización por accidente automoviliario.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock..... 258

Ejecución contra las entidades de Derecho Público.—Se revoca el auto del Tribunal de Santa Marta en el ejecutivo de Carmen Escobar Stevenson contra el Departamento del Magdalena—Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda 265

Indemnización de perjuicios por el accidente aéreo de Santa Ana—Se modifica la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio seguido por María del Carmen Avella v. de Parra y otras contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 272

Lanzamiento—Se decreta contra el señor Rafael Prudencio de la Espriella, de una casa de propiedad de la Empresa del Ferocarril de Barranquilla.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 278

Acción de responsabilidad por culpa contractual.—Se revoca la sentencia del Tribunal de Bogotá, y se condena a la Nación a indemnizar los perjuicios causados a Virgilio de Jesús Rodríguez Castellanos en un accidente ferroviario—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 282

Salas de la Corte Suprema de Justicia

DESDE EL 1º DE MAYO DE 1945

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. ARTURO TAPIAS PILONIETA, Presidente.
Dr. PEDRO CASTILLO PINEDA
Dr. RICARDO HINESTROSA DAZA
Dr. HERNAN SALAMANCA
Dr. JOSE ANTONIO MONTALVO
Dr. MANUEL JOSE VARGAS
Dr. PEDRO LEON RINCON, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

Dr. FRANCISCO BRUNO, Presidente.
Dr. AGUSTIN GOMEZ PRADA
Dr. JORGE E. GUTIERREZ A.
Dr. RICARDO JORDAN JIMENEZ
Dr. DOMINGO SARASTY
Dr. JULIO E. ARGUELLO, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. ANIBAL CARDOSO GAITAN, Presidente.
Dr. GERMAN ALVARADO
Dr. VICTOR COCK
Dr. RAMON MIRANDA
Dr. ELEUTERIO SERNA
Dr. NICOLAS LLINAS PIMIENTA, Secretario.

* * *

Relator: Dr. JULIAN MOTTA SALAS

GACETA JUDICIAL

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

(Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LIX. BOGOTA - COLOMBIA - JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE DE 1945 NUMEROS 2022-2023-2024

SALA PLENA

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES DE LA LEY 64 DE 1923, SOBRE LOTERIAS. — SIGNIFICACION JURIDICA DE LOS TERMINOS "MONOPOLIO" Y "PRIVILEGIO"

El régimen jurídico de la explotación de las loterías establecido por la ley 98 de 1888 fue completamente distinto del vigente después de la expedición de la ley 64 de 1923. De acuerdo con los textos de aquella ley podían coexistir válidamente dos órdenes de regulaciones en la explotación de las loterías: el de la libre concurrencia entre los particulares y el de privilegio, mediante el lleno de ciertos requisitos señalados por los mismos preceptos legales. Ese régimen jurídico hubo de modificarse por el imperio de nuevas normas, como el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910. Posteriormente la ley 64 citada alteró fundamentalmente el sistema anterior, pues instituyó el negocio de las loterías en un monopolio de los departamentos, que está conforme con los textos constitucionales. Estos señalan las características del monopolio: que sean de naturaleza fiscal, es decir, que se instituyan como arbitrios rentísticos —con lo que quedan excluídos los simplemente económicos o industriales— y que sea la ley la que los establezca. No hay duda alguna de que estos elementos esenciales se encuentran en el sistema vigente de la industria de las loterías. La ley 64 la erigió en un verdadero monopolio fiscal a favor de los departamentos, y destinó sus productos a las necesidades de la asistencia social.

Si bien el monopolio, por su esencia misma, implica la exclusión de toda concurrencia entre los particulares y el Estado o las demás personas administrativas titulares del derecho de monopolio, ello no quiere decir, en manera alguna, que la gestión de la industria respectiva deba ejercerse directamente por la administración, ni que queden cerradas para ésta las demás vías o procedimientos administrativos para ejercitar el monopolio. Desde este punto de vista es claro que entonces, aún en ausencia de disposición legal al respecto, puede la persona pública que asume el monopolio, celebrar contratos relativos a la administración total de éste o a la de la operación o serie de operaciones materiales y jurídicas necesarias para el funcionamiento de la empresa objeto del monopolio. La ley 64 no hizo cosa distinta a la de reconocer a los departamentos esa facultad, y al mismo tiempo exigir determinados requisitos a los cuales deben sujetarse las estipulaciones contractuales que lleguen a acordarse en desarrollo de la industria monopolizada de las loterías. La celebración de esta clase de contratos no puede considerarse como el otorgamiento de

un privilegio en favor del concesionario. El derecho de monopolio continúa perteneciendo a la entidad pública, ya que sólo ésta tiene capacidad constitucional para que en su favor erija la ley una industria dada en monopolio fiscal, o sea, un instrumento para imponer un tributo a los ciudadanos. De esta capacidad —desde luego— carecen los particulares, de donde resultan inseparables los términos poder político y monopolio fiscal. No ocurre lo mismo con los privilegios, institución jurídico-económica que supone que dentro de un régimen de libre concurrencia se otorga a alguien la facultad o derecho de ejercitar o explotar lucrativamente una actividad lícita dada, con exclusión de toda otra persona y durante el tiempo señalado por la ley. De ahí que como garantía de la libertad de industria haya prohibido la Constitución, en principio, el otorgamiento de privilegios al preceptuar que sólo pueden concederse los relativos a inventos útiles o vías de comunicación. La Corte ha definido el privilegio como "la gracia o prerrogativa que se concede a uno, libertándolo de alguna carga o gravamen o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros". El monopolio fiscal es un atributo del Estado y de las actividades políticas; en tanto que el privilegio tiene siempre como titular a una persona natural o jurídica. No es posible, entonces, suponer que puede transformarse el monopolio en privilegio como efecto del ajuste de un contrato por medio del cual el Estado entregue la administración de la industria monopolizada a un particular. Mediante este fenómeno el particular no queda convertido en titular del monopolio ni tiene el carácter de concesionario de un privilegio, sino simplemente el de administrador delegado a nombre de la persona jurídica que por mandato de la ley goza de la atribución privativa de derivar una renta por el ejercicio de una actividad industrial no permitida a las personas privadas.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, julio diecinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

Se ha demandado por el ciudadano abogado Carlos H. Pareja, que la Corte declare la inexequibilidad de algunas disposiciones de la ley 64 de 1923, "sobre loterías".

Los textos acusados son los siguientes:

1º El inciso 3º del artículo 1º: Los contratos que celebren los Departamentos en desarrollo de esta Ley deberán someterse a licitación pública, y en ella se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo Departamento".

2º El artículo 9º que dice:

"**Artículo 9º** Los contratos que celebren los Departamentos, relacionados con las loterías a que se refiere esta Ley, no podrán exceder del término de cuatro años".

3º La frase final del artículo 10 que dice que los contratos actualmente vigentes subsistirán hasta su vencimiento y "podrán ser prorrogados con autorización de las Asambleas Departamentales".

Se reputa por el actor que las anteriores disposiciones se dictaron por el Congreso Nacional con violación del artículo 27 (hoy 31) de la Constitución, que en su inciso 3º establece: "Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles, y a vías de comunicación".

Las tachas que aduce el actor para fundamentar su solicitud de inexequibilidad, pueden resumirse así:

1ª La explotación de las loterías constituye un monopolio de los Departamentos, permitido expresamente por el artículo 27 de la Constitución, cuyo inciso 2º expresa que "ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la Ley"; y que así fue establecido válidamente por las leyes 98 de 1888 y 64 de 1923. Resulta de esto —en concepto del demandante— que el estatuto de 1888 disponía la posibilidad de otorgar esos privilegios, lo cual se explicaba porque en esa época no existía el artículo 27 (hoy 31) de la Constitución vigente, el cual se dictó como artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910; y que, como consecuencia de esto, los contratos o concesiones de privilegios sobre loterías resultan prohibidos por la mencionada norma constitucional y consiguientemente no pueden ser otorgados por los Departamentos.

2ª Que la Corte ha definido en fallo de 20 de abril de 1938 (**Gaceta Judicial** número 1934, pág. 294), lo que se entiende por privilegio y el alcance de la prohibición consagrado por el constituyente de 1910; y en sentencia de 6 de septiembre de 1943, confirmó esos mismos principios en su declaratoria de inexequibilidad del artículo 169 (ordinal 16) de la Ley 4ª de 1913, que facultaba a los Concejos Municipales para conceder privilegios (**Gaceta Judicial**, número 2001, pág. 10).

3ª El monopolio que la Ley 64 de 1923 otorgó a los Departamentos —agrega el actor— consti-

tuye un verdadero privilegio que sólo ellos pueden usufructuar; que el carácter de monopolio —y naturalmente de privilegio— que tienen las rentas de loterías surge de los antecedentes ya citados, como la Ley 98 de 1888 que así expresamente lo designa; y que si solamente los Departamentos "pueden hacer eso" es claro que hay allí un verdadero privilegio, de carácter exclusivo; y que en consecuencia, si bien los Departamentos "pueden gozar de ese privilegio" explotando por sí mismos, por medio de sus funcionarios o establecimientos oficiales la renta de loterías, no lo podrá conceder a particulares, precisamente por tratarse de un privilegio cuya concesión fue prohibida en forma absoluta por el artículo 27 de la Constitución y que, la Ley 64 de 1923, con olvido del precepto citado —autorizó a los Departamentos para contratar, "es decir, para conceder por medio de contratos ese privilegio y a las Asambleas Departamentales para prorrogar los mismos contratos entonces existentes; de modo que la Ley en esos puntos es claramente contraria al texto constitucional".

Por su parte, el señor Procurador General de la Nación considera que las disposiciones acusadas por el demandante no son inexequibles y que el error del actor consiste en estimar que el privilegio es sinónimo de concesión y, en el fondo, una modalidad que puede o no tomar un monopolio.

Afirma en su vista el agente del Ministerio Público, "que el privilegio no es lo mismo que la concesión; el privilegio no es la facultad que se da a ciertos particulares mediante contratos administrativos para que ejerzan un monopolio" Con la transcripción de los fallos de la Corte sostiene la Procuraduría que el contrato de concesión puede efectuarse en favor de particulares, tanto tratándose de monopolios como de privilegios y que conforme a esa misma doctrina los privilegios, que sólo pueden concederse sobre inventos útiles y vías de comunicación, pueden asimismo ejercitarse directamente por la Administración, o indirectamente, por medio de los particulares en virtud de contratos especiales celebrados con ella para tal fin, es decir, por concesión; y que "si se entendiera que el derecho de los Departamentos para explotar la lotería es un simple privilegio, es claro que la concesión del mismo en relación con las loterías sería inconstitucional, en virtud de la condición impuesta por el ordinal 3º del artículo 27 de la Constitución"; pero que "no cree la Procuraduría que el derecho concedido a los Departamentos por la Ley en relación con las loterías sea un privilegio, sino un monopolio semejante por ejemplo, al que tienen los Departamentos, sobre licores, ya que la lotería es en realidad una renta departamental" y del mismo modo que los Departamentos podrían contratar con los particulares o delegar la administración de sus rentas de licores, así también pueden los Departamentos delegar la administración de sus rentas de loterías en otros particulares, organizando así la administración de este nuevo recurso rentístico".

Las razones de la Corte

El régimen jurídico de la explotación de las loterías establecido por la Ley 98 de 1888, fue completamente distinto del vigente después de la expedición de la Ley 64 de 1923.

En efecto, la citada Ley 98 permitía la explotación por los particulares de las loterías, mediante ciertas restricciones: el Gobierno podía suspender o limitar el número de sorteos de las loterías establecidas en el país; limitar el valor del sorteo y gravar a favor del Tesoro Nacional con una contribución hasta del 25% el valor de las boletas, etc. Esta expresa libertad de industria en cuanto a las empresas ya establecidas no era obstáculo para que —de acuerdo con los términos de la misma ley— pudieran concederse permisos o privilegios para el establecimiento de nuevas loterías.

Sobre el particular disponía el artículo 5º de aquella ley:

"No se concederán en adelante privilegios para el establecimiento de loterías sin someter a licitación la propuesta o pliego de condiciones que el solicitante deberá acompañar a toda solicitud de privilegio. Se entenderá como mejora de una propuesta la oferta de una mayor participación en el valor del sorteo a los establecimientos de Instrucción Pública o Beneficencia o al Tesoro del Departamento, según el caso".

De acuerdo con los textos de la ley en cita podrían coexistir válidamente dos órdenes de regulaciones en la explotación de las loterías: el de la libre concurrencia entre los particulares y el de privilegio, mediante el lleno de ciertos requisitos señalados por los mismos preceptos legales.

Mas este régimen jurídico hubo forzosamente de modificarse por el imperio de nuevas normas.

El Acto Legislativo número 3 de 1910, en su artículo 4º reguló lo concerniente a monopolios de toda especie y dispuso que en adelante sólo podrían concederse privilegios relativos a inventos útiles y vías de comunicación. En armonía con el nuevo estatuto la forma privilegiada de explotación de las loterías debió desaparecer como medio de realizar las actividades propias de tal industria. Posteriormente, la Ley 64 de 1923 altera fundamentalmente el sistema anterior vigente desde 1888, pues instituyó el negocio de las loterías en un monopolio de los departamentos. En adelant,e quedaba vedado a la iniciativa privada ejercitar lícitamente esta actividad, o sea que el régimen anterior de libre concurrencia se transformó, por disposición de la ley, en un régimen monopolista, en todo conforme con los mandatos constitucionales. Estos señalan las características del monopolio: que sean de naturaleza fiscal, es decir que se instituyan como arbitrios rentísticos —con lo que quedan excluídos los simplemente económicos o industriales— y que sea la ley la que los establezca. No hay duda alguna de que estos elementos esenciales se encuentran en el sistema vigente de la industria de las loterías. La Ley 64, en efecto, la erigió en un verdadero monopolio fiscal a favor de los departamentos y destinó sus productos a las necesidades de la asistencia social. Nada objeta el demandante respecto a la juridicidad del nuevo régimen; y por el contrario, expresamente reconoce el carácter monopolista de esta actividad, el cual resulta, por otra parte, de los perentorios términos de la ley.

La tacha de inconstitucionalidad la deriva simplemente de los textos que permiten a los Departamentos celebrar contratos relacionados con la explotación de las loterías, o sea de los apartes transcritos correspondientes a los artículos 1º, 9º y 10º de la mencionada Ley 64. Esas disposiciones, al mismo tiempo que consagran la facultad de los Departamentos para celebrar contratos relacionados con las industrias de loterías regulan las condiciones a que deben sujetarse dichos actos, en cuanto al tiempo, la forma y la participación que en el valor de cada sorteo debe destinarse para la asistencia pública de las secciones. La existencia de este nuevo elemento —el de la facultad de contratación— lo impugna el recurrente como constitutivo de un privilegio que desorbita el precepto constitucional contenido en el artículo 27, porque entraña un privilegio no referente a un invento útil o a vías de comunicación. En otras palabras, reputa que tratándose, como en efecto se trata, de un monopolio fiscal, la presencia de particulares debe quedar totalmente excluída de las actividades propias de la industria monopolizada, y que son los Departamentos por sí mismos, los que pueden ejercitar válidamente las actividades correspondientes.

Sobre el particular considera la Corte que si bien el monopolio, por su esencia misma, implica la exclusión de toda concurrencia entre los particulares y el Estado o las demás personas administrativas titulares del derecho de monopolio, ello no quiere decir en manera alguna, que la gestión de la industria respectiva deba ejercerse directamente por la administración, ni que queden cerradas para ésta las demás vías o procedimientos administrativos para ejercitar el monopolio. Desde este punto de vista, es claro entonces que aún en ausencia de disposición legal al respecto, puede la persona pública que asume el monopolio, celebrar contratos relativos a la adminsitración total de éste o a la de la operación o serie de operaciones materiales y jurídicas necesarias para el funcionamiento de la empresa objeto del monopolio. La Ley 64 no hizo, pues, cosa distinta que reconocer a los departamentos esta facultad, y al mismo tiempo exigir determinados requisitos a los cuales deben sujetarse las estipulaciones contractuales que lleguen a acordarse en desarrollo de la industria monopolizada de las loterías.

Ahora bien, la celebración de esta clase de contratos no puede considerarse como el otorgamiento de un privilegio en favor del concesionario. Si esto fuera así se desvirtuaría la naturaleza misma del monopolio; y ya se ha dicho, que éste consiste, esencialmente, en el ejercicio, con fines fiscales, de una industria por el Estado, los Departamentos o Municipios con exclusión de toda otra persona natural o jurídica.

Dicho en otras palabras, el derecho de monopolio —cuyo ejercicio se cede en todo o en parte a un particular— continúa perteneciendo a la entidad pública, ya que sólo ésta tiene capacidad constitucional para que en su favor erija la ley una industria dada en monopolio fiscal, o sea en instrumento para imponer un tributo a los ciudadanos. De esta capacidad —desde luego— carecen los particulares, de donde resultan inseparables los términos poder político y monopolio fiscal. No ocurre lo mismo con los privilegios, institución jurídico-económica que supone que den-

tro de un régimen de libre concurrencia se otorga a alguien la facultad o derecho de ejercitar o explotar lucrativamente una actividad lícita dada, con exclusión de toda otra persona y durante el tiempo señalado por la ley. De ahí que como garantía de la libertad de industria, la Constitución haya prohibido en principio el otorgamiento de privilegios al preceptuar que sólo pueden concederse los relativos a inventos útiles o vías de comunicación. La Corte ha definido el privilegio como "la gracia o prerrogativa que se concede a uno, libertándolo de alguna carga o gravamen o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros". En conclusión, el monopolio fiscal es un atributo del Estado y de las actividades políticas; en tanto que el privilegio tiene siempre como titular a una persona natural o jurídica. No es posible, entonces, suponer que puede transformarse el monopolio en privilegio como efecto del ajuste de un contrato por medio del cual el Estado entregue la administración de la industria monopolizada a un particular. Mediante este fenómeno el particular no queda convertido en titular del monopolio ni tiene el carácter de concesionario de un privilegio, sino simplemente el de administrador delegado a nombre de la persona jurídica que por mandato de la ley goza de la atribución privativa de derivar una renta por el ejercicio de una actividad industrial no permitida a las personas privadas. Dentro de este orden de ideas no ve, pues, la Corte de dónde pueda resultar la violación constitucional de la Ley 64 de 1923, ya que los contratos administrativos que este estatuto permite celebrar no tienen el carácter de privilegios, sino justamente el de administración de un monopolio establecido por la misma ley en favor de las entidades departamentales.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, y en acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación,

DECIDE:

Son exequibles los artículos 1º, 9º y 10º de la Ley 64 de 1923 en la parte en que han sido objeto de la presente acusación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese al Gobierno Nacional.

Hernán Salamanca — Germán Alvarado—Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán—Domingo Sarasty M.—José Antonio Montalvo—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD PROPUESTA

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 214 de la actual Codificación Constitucional la competencia de la Corte para conocer de decretos acusados de inconstitucionalidad se circunscribe expresa y taxativamente a los dictados en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y el 121 de la Carta, pues la competencia para conocer de todos los demás, cuando no sean expedidos en desarrollo de aquellas facultades, corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, veintisiete (27) de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El señor Luis Gonzalo Fajardo, ciudadano colombiano, de este vecindario, solicita de la Corte en escrito presentado en la Secretaría el primero de los corrientes y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, que sean declarados inexequibles los Decretos números 625 de 13 de marzo de 1945 y 1069 de 28 de abril de 1945, por considerarlos violatorios del ordinal 4º del artículo 121 de la misma Carta.

Antes de impulsar la tramitación de esta demanda debe la Corte cerciorarse si le asiste o no competencia para conocer de ella, pues en este último caso no tiene para qué imprimirle la tramitación legal pertinente, y por tal motivo procede a esclarecer esa cuestión previa.

Por medio del decreto legislativo número 1813 de 1944 (julio 31), se dispuso en su artículo 1º, que "mientras dure el estado de guerra con Alemania, el Gobierno podrá tomar las medidas que a continuación se indican:.....

"c) Decretar, asimismo, los retiros que encuentre necesarios en el personal civil o militar del servicio activo de las fuerzas de tierra, aire y mar" y por medio del artículo único del decreto número 625 de 1945, de marzo 13, proferido con fundamento en el ordinal c) del decreto antes citado, se dispuso separar en forma absoluta, desde el día 10 del citado mes de marzo, de la fuerza aérea al operador, Clase Técnica, de primera categoría, Fernando Bernal C., del Departamento de Radiocomunicaciones de la Dirección General de la Fuerza Aérea. Por el decreto 1069 de 1945, (abril 28) se modificó el anterior en el sentido de que la separación de la Fuerza Aérea del Operador señor Bernal C., sólo surtiría efectos con fecha 23 de marzo y no con fecha 10 del mismo mes, como en aquél se había dispuesto.

Sentado lo anterior, se considera:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 214 de la actual Codificación Constitucional la competencia de la Corte para conocer de decretos acusados de inconstitucionalidad se circunscribe expresa y taxativamente a los dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y el artículo 121 de la Carta, pues la competencia para conocer de todos los demás, cuando no sean expedidos en desarrollo de aquellas facultades, corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Nacional.

La simple lectura de los decretos acusados por el demandante convence a la Corte que no pertenecen a la primera categoría antes mencionada, pues en ellos se expresa que fueron dictados por el señor Presidente de la República "en uso de sus facultades legales" y no de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución, como lo pretende el demandante. A la anterior observación debe añadirse la de que tales decretos sólo aparecen firmados por el señor Presidente de la República y por su Ministro de Guerra, lo cual da a entender también que no se trata sino de decretos ordinarios del Gobierno, ya que si pertenecieren a los extraordinarios de que habla el citado artículo 121 habrían requerido, por mandato expreso del inciso 2º de esa misma disposición

constitucional, la firma de todos los Ministros del despacho ejecutivo.

De otro lado el decreto número 625 lo profirió el Gobierno, como lo dice expresamente el texto de su artículo único, "de conformidad con lo dispuesto en el ordinal c) del artículo 1º del decreto número 1813 de 1944", éste sí de preciso carácter legislativo, expedido por el señor Presidente en "uso de sus facultades legales y de las extraordinarias que le confiere el artículo 117" (hoy 121), de la Codificación Constitucional. Por manera que el decreto acusado fue dictado con fundamento en uno de carácter legislativo, y no en ejercicio de las atribuciones que al Presidente le otorga el referido artículo 121 de la Carta.

De todo lo anterior se concluye que los acusados son decretos ejecutivos de carácter ordinario y que por consiguiente la Corte carece de jurisdicción para conocer de la demanda que por inconstitucionalidad de los mismos propone el señor Fajardo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia declara que carece de competencia para conocer de la presente demanda y dispone devolverla al interesado.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernán Salamanca—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Francisco Bruno—Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Hinestrosa Daza. Ricardo Jordán — Domingo Sarasty M. — Ramón Miranda—José Antonio Montalvo—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 57 DE 1944

Cuando la ley, cuyo artículo 1º se acusa en parte, fue dictada, estaba vigente el artículo 155 de la Carta que establecía la forma de elegir los Magistrados de los Tribunales, que era completamente distinta a la señalada por el artículo acusado. De manera que éste sí era inconstitucional a la luz de aquella disposición. Hoy se halla vigente ya el Acto Legislativo número 1º de 1945, de acuerdo con el cual (artículo 57) los Magistrados de los Tribunales Superiores serán elegidos directamente por la Corte Suprema, en Sala Plena, ya que no se hace distinción. De modo que actualmente el citado artículo 1º es inconstitucional en cuanto restringe la elección de la cual allí se habla a la Sala de Casación en lo Penal, pues no es a ésta sino a toda la Corte a quien corresponde hacer la elección, teniendo en cuenta, desde luego, lo establecido en los artículos 57 (transitorio b), inciso 2º, en lo referente a las calidades que deben tener los elegidos, y 59, en lo relativo a la representación de los partidos, todos del Acto Legislativo número 1º de 1945.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Luis E. Venegas, ejerciendo la acción pública que otorgaba el artículo 149 de la Constitución Nacional, hoy 147 del Acto Legislativo número 1º del presente año, solicita que la Corte en pleno declare inexequible, por inconstitucional, el artículo primero de la ley 57 de 1944.

De la demanda corrióse traslado al señor Procurador General de la Nación, quien oportunamente rindió su concepto.

La disposición acusada

La ley 57 de 1944, "por la cual se crean nuevas plazas de Magistrados para la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y se dictan otras disposiciones", dispone lo siguiente en el artículo acusado:

"**Artículo 1º** Créanse cuatro nuevas plazas de Magistrados para la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Magistrados que elegirá, por una sola vez, la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia.

"**Parágrafo.** Cada uno de los Magistrados de que trata este artículo, tendrá el personal subalterno y las asignaciones correspondientes".

La acusación del demandante

La ley 57 de 1944 fue expedida y la demanda del señor Venegas presentada a la Corte bajo la vigencia de los artículos 155 y 186, ordinal 3º, de la anterior codificación constitucional. Y argumentando sobre esta base el demandante expone así los fundamentos de su acusación:

"El artículo 155 de la Constitución Nacional establece en forma sumamente clara que los Magistrados de los Tribunales Superiores y los suplentes serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia, de ternas que presenten las respectivas Asambleas Departamentales y el 186, ordinal 3º, con la misma nitidez atribuye a las Asambleas Departamentales la función de confeccionar las ternas para Magistrados del respectivo Tribunal Superior".

"Ahora bien, la ley 57 en el artículo 1º ordena que la Sala de Casación en lo Criminal de la Suprema Corte de Justicia elija, por una sola vez, los cuatro Magistrados creados por esa ley para el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Es decir la violación de los preceptos constitucionales es directa pues arrebata a la Asamblea de Cundinamarca una atribución expresa que la Carta Magna le ha conferido y establece además la ley citada, cuyo artículo 1º estoy demandando, un procedimiento para elegir Magistrados del Tribunal Superior con notoria oposición a lo establecido en la Constitución Nacional".

El concepto del señor Procurador

El señor Procurador General de la Nación, en el concepto que rindió a la Corte, respecto a la

demanda del señor Venegas, manifiesta "que la parte acusada del artículo 1º de la ley 57 de 1944 es inconstitucional, por las razones apuntadas, y que así debe declararlo la Corte".

Examen de la disposición acusada

La Corte para resolver considera:

La inconstitucionalidad de la ley 57 de 1944, en la parte acusada de su artículo primero, parece manifiesta. Para la Corte resultan inobjetables las siguientes consideraciones formuladas por el señor Procurador en apoyo de su concepto favorable a la pretensión del demandante, y por ello las acoge como fundamento de la decisión que se va a proferir, ya que tales razonamientos son suficientes para demostrar cómo la disposición legal acusada es inconstitucional, a la luz de las disposiciones vigentes del Acto Legislativo número 1º de 1945 en lo atinente a la elección de los magistrados de los tribunales superiores:

"Cuando la ley, cuyo artículo 1º se acusa en parte, fue dictada, estaba vigente el artículo 155 de la Carta que establecía la forma de elegir los Magistrados de los Tribunales, que era completamente distinta a la señalada por el artículo acusado. De manera que éste sí era inconstitucional a la luz de aquella disposición".

"Hoy se halla vigente ya el Acto Legislativo número 1º de 1945, de acuerdo con el cual (artículo 57) los Magistrados de los Tribunales Superiores serán elegidos directamente por la Corte Suprema, en Sala Plena, ya que no se hace distinción. De modo que en la actualidad el citado artículo 1º es inconstitucional en cuanto restringe la elección de la cual allí se habla a la Sala de Casación en lo Penal, pues no es a ésta sino a toda la Corte a quien corresponde hacer la elección, teniendo en cuenta, desde luego, lo establecido en los artículos 57, transitorio b)—inciso 2º— en lo referente a las calidades que deben tener los elegidos, y 59, en lo relativo a la representación de los partidos, todos del Acto Legislativo número 1 de 1945".

Pudiera pensarse que como el artículo 147 de la nueva codificación constitucional atribuye a la ley la facultad de dividir a la Corte en salas y de señalarle a cada una de ellas los asuntos de que debe conocer separadamente, determinando aquellos en que debe intervenir toda la corporación, por ese aspecto se arregla a la Constitución el que la ley 57 disponga que sea la sala de casación en lo criminal a la que compete la función de elegir los cuatro magistrados por ella creados para la sala penal del tribunal superior de Bogotá.

Empero, se estima que la mencionada delegación que hace el artículo 147 en la ley, comprende materias propiamente judiciales como las enunciadas en el artículo 151 de la misma carta, numerales 1º, 2º y 3º y las demás, de la misma índole, o administrativas, atribuídas en leyes especiales a cada una de las salas de la Corte. No asuntos de otra categoría, cual el trascendental de seleccionar el personal del organismo jurisdiccional de los tribunales, función que por su complejidad, y alcances en el buen funcionamiento de la justicia, es natural que ejerza la Corte en pleno, para que sea ella la que asuma la total responsabilidad de una elección de magistrados; o el grave y extraordinario de decidir definitivamente de la inexequibilidad de las leyes, reservado también, aunque tampoco se dice expresamente, a la Corte en pleno, pues tanto ésta como aquélla, son atribuciones que por asumir un carácter especial deben entenderse encomendadas privativamente a la Corte Suprema de Justicia, entidad constituída por todos los miembros que la componen.

El demandante formuló la acusación contra todo el artículo primero de la ley 57. Al desarrollar el cargo contrae el razonamiento al sistema de elección por la sala de casación criminal, allí contemplado. Ese fue el aspecto que también estudió el señor Procurador.

La Corte tampoco encuentra reparos que hacer al resto del artículo, pues la composición de los tribunales y el señalamiento de sus atribuciones, es potestativo del legislador (artículo 152 de la actual codificación constitucional).

Sentencia

A mérito de las consideraciones expuestas la sala plena de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución que le señala el artículo 214 de la Constitución Nacional, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, decide que es inexequible, por inconstitucional, el artículo 1º de la ley 57 de 1944, en la parte que dice: "Magistrados que elegirá por

una sola vez, la sala de casación de lo criminal de la Corte Suprema de Justicia". En lo demás la disposición es exequible.

Publíquese, cópiese, notifíquese, dése aviso al gobierno por conducto del ministro respectivo, y archívese el expediente.

Hernán Salamanca—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado — Pedro Castillo Pineda — Víctor Cock — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Hinestrosa Daza — Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta—Conjueces: **José Miguel Arango—Joaquín Castro Martínez — Remigio González Gooding — Carlos J. Medellín—Manuel F. Pabón**—Secretario en propiedad, **Pedro León Rincón.**

DECRETOS LEYES NUMEROS 2806 DE 1936, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL EN TODAS SUS DISPOSICIONES, Y 326 DE 1938 EN SU ARTICULO 1º

La confrontación entre el texto de cada una de las leyes invocadas como fundamento de esos Decretos, y las disposiciones de los Decretos respectivos acusados, basta para hallar inaceptables los cargos sobre arrogación de facultades o autorizaciones no conferidas al Ejecutivo por el Congreso. Este concepto es de la más diáfana claridad en lo tocante al Decreto de 1936, pues que versa sobre el modo de pagarse las importaciones, y es inadmisible siquiera suponer que la reglamentación de este detalle quedara excluída de las amplias autorizaciones de la Ley 31 de 1935 para modificar las disposiciones vigentes sobre control de cambios y exportaciones, máxime si no se olvida que ésta se dictó con la atención puesta en la balanza internacional de pagos y en defensa de las reservas de oro del Banco de la República, según su artículo 7º Cuanto al artículo 1º del Decreto de 1938, que es el principal blanco de los ataques de los acusadores, se tiene que, según ellos, autorizado el Ejecutivo para controlar determinadas operaciones, dio a otras una calidad de que carecen, con tal de incluírlas dentro de la autorización conferida para sólo aquéllas; de suerte que en esta forma extendió su facultad más allá de donde la había recibido. Versa el cargo sobre la locución CAMBIOS INTERNACIONALES, elásticamente entendida por el Ejecutivo en dicho artículo 1º, al decir de la demanda. Presenta ella a tal fin ejemplos de actos a primera vista inocentes e inocuos ante el control y aun extraños al mismo y a los peligros que aspira a conjurar. Pero el razonamiento no puede detenerse en esa apariencia dejando de lado los pasos que han de seguir o sencillamente es de esperarse que seguirán a esos actos que, por lo tanto, si mirándolos aisladamente podrían considerarse como inocuos, no lo son por las consecuencias a que dan lugar ni menos por las finalidades a que de ordinario precisamente se encaminan como simples medios, ya que una elemental prudencia obliga al legislador a prevenir aquello que quiere que no suceda, en vez de limitarse a castigar las infracciones ya consumadas. Tal previsión, obligatoria siempre, con más veras lo es cuando el interés del país está comprometido en sectores de su actividad de predicamento máximo evidente y en horas de singular gravedad para el mundo.

Que el movimiento de las disponibilidades y créditos de todo orden existentes en el país no pueda considerarse cambio internacional si dentro del país se efectúa, es concepto que participa de la aludida apariencia favorable inicial. Esta se disipa al examinar el fondo y ver que ese movimiento tiene que consistir en traslados o, con más precisión, forzosamente los implica e impone, por lo cual, a no habérsele incluído en el Decreto, abierto habría quedado un sencillo y seguro escape a las restricciones con que él y otras numerosas medidas sucesivamente acordadas durante la guerra mundial han procurado lograr los ya expresados fines de interés público, y también se faltaría al sentido rigurosamente lógico de aquella locución CAMBIO INTERNACIONAL que los demandantes restringen en exceso. Por ejemplo: negocian entre sí en el país dos casas extranjeras, o colombianas ambas, o una colombiana y otra extranjera, lo que para el caso no establece diferencia, en forma que los fondos que una de ellas tiene en Colombia se trasladen a la otra aquí para reembolsárseles en el exterior; si ello hubiera de realizarse libremente, a más de no pasar esa operación por los trámites y ante las autoridades que las vigilan y controlan y quedar fuera del conocimiento oficial, dejaría de entrar al país el dinero que a él tendría que traer la compañía que, necesitándolo aquí, lo ha obtenido de aquel modo; y, por otra, parte, se tendría también —y este detalle es decisivo al respecto— que esta compañía para reembolsar a la otra los fondos que de ésta recibió tendría que valerse de giro u orden de pago en el país extranjero correspondiente, circunstancia imprescindible ésta, como anexo o elemento constitutivo de tal operación, que da la calidad de cambio internacional incuestionable a un acto carente de ella ante el criterio de los acusadores.

Los consumos de un colombiano en el exterior hechos con fondos colombianos, no dejan de implicar por su lado un cambio internacional, puesto que es con giros sobre el exterior como a sus manos llegan esos fondos. Que en cada caso individual las remesas no sean copiosas, no es razón para desconocer que implican cambio de esa clase. A los colombianos que se hallan en el extranjero temporal u ocasionalmente no es a los que mira el decreto, porque, sin perjuicio de la vigilancia y control, referente

a todos, aquél en su disposición acusada habla sólo de los domiciliados.

No puede pasarse por alto la diferencia entre reglamentar y prohibir. El Decreto no prohibe en sí las operaciones a que se refiere sino que las somete a ciertas formalidades, cuya congruencia con los fines del control salta a la vista. De resto, las sanciones son el complemento obligado de las ordenaciones, pues, como siempre se ve en las leyes, ellas no acogen en pie de identidad lo que obedece y desobedece sus preceptos. No sobra en este sentido recordar el artículo 6º del Código Civil.

En suma, el Decreto de 1938 no peca del exceso o abuso de las autorizaciones conferidas al Ejecutivo en la ley invocada para dictarlo. Y, hallándose con mayor sencillez que otro tanto acontece con el de 1936, se ven libres ambos de la inconstitucionalidad que la demanda les atribuye al considerarlos desde ese punto de vista, esto es, en relación con tales leyes.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, septiembre veintiseis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Los señores Guillermo Pardo Venegas y Bernardo Uribe Holguín demandaron la declaración de inexequibilidad de los Decretos Leyes números 2806 de 1936, en todas sus disposiciones, y 326 de 1938 en su artículo 1º, considerándolos violatorios de los preceptos constitucionales que al efecto señalan.

El Procurador General de la Nación contestó el traslado oponiéndose por hallar ajustadas a la Constitución esas disposiciones.

Cinco son las que forman el de 1936.

Según el artículo 1º, desde su fecha (11 de noviembre) toda persona natural o jurídica domiciliada en Colombia que haya importado o importe mercancías procedentes de los países allí mencionados o aludidos, deberá pagarlas mediante giros emitidos por el Banco de la República, extendidos en moneda extranjera a favor de los exportadores mismos o de los cesionarios de las letras correspondientes, y queda prohibido tal pago en moneda legal dentro o fuera del territorio de la República y, en general, en forma diferente de la ordenada en ese artículo.

El 2º singulariza esa orden para referirse a los Bancos encargados del cobro de letras a cargo del comercio importador y extiende la prohibición a la entrega de cualquier especie dentro o fuera del país en moneda legal por concepto de tales cobranzas en forma distinta a la de giros emitidos por el Banco de la República; y en su parágrafo dispone que las cuentas en moneda legal que abran los Bancos a sus corresponsales en el exterior para acreditar el valor de los efectos llegados al cobro, "no podrán afectarse sino en forma que acredite plenamente que el reembolso se efectúa por conducto del Banco de la República".

El 3º previene a los importadores, cuando medie giro o cobranza a su cargo, que "sólo podrán verificar el pago.... mediante entrega al Banco de la República de la moneda legal correspondiente o giros debidamente autorizados, para que éste efectúe las remesas....."; y agrega la prohibición de toda entrega en moneda legal a agentes o representantes de los exportadores extranjeros para abonar el valor de mercancías importadas. En el parágrafo impone al importador el deber de declarar las sumas adeudadas, nombre del acreedor y fecha del vencimiento, así como el de formular una relación de las mercancías que tengan pedidas.

El 4º encarga a la Superintendencia Bancaria de vigilar el cumplimiento del Decreto en lo que hace a los Bancos.

Y el 5º establece sanciones para los casos de contravención.

Este Decreto, según su encabezamiento, lo dictó el Presidente de la República "en uso de sus facultades legales y especialmente de las que le confiere el artículo 6º de la Ley 31 de 1935", el cual lo autoriza "para modificar las disposiciones vigentes sobre control de cambios y exportaciones....." Esta ley en su artículo 7º lo reviste "de la facultad extraordinaria de restringir la importación de mercancías al país siempre que así lo exija la situación desfavorable de la balanza internacional de pagos y la defensa de las reservas de oro del Banco de la República".

El artículo 1º del Decreto 326 de 25 de febrero de 1938, es de este tenor: "Para los efectos del control establecido por el artículo 2º del Decreto número 1683 de 1931, desarrollado por disposiciones posteriores, continúa entendiéndose por cambios internacionales toda clase de transacciones y operaciones relacionadas con letras, cheques, giros, cartas de crédito, vales, pagarés, bonos y seguridades emitidos en moneda extranjera, traspaso de fondos u órdenes de pago en moneda extranjera o en moneda nacional, cuando tales ope-

raciones fueren cumplidas o debieren serlo en el Exterior, toda clase de operaciones con billetes o monedas acuñadas extranjeros, con créditos o disponibilidades de todo orden existentes en el Exterior a favor de personas domiciliadas o residentes en Colombia o con créditos o disponibilidades en monedas extranjeras o en moneda nacional existentes en el país a favor de individuos o entidades domiciliadas en el Exterior, o con valores moviliarios en moneda extranjera emitidos por empresas o sociedades domiciliadas fuera del país, así como en general toda clase de operaciones con valores o papeles representativos de moneda nacional o extranjera que puedan ser aprovechados como cambio exterior por nacionales o extranjeros residentes dentro o fuera del país.

"En caso de duda sobre alguna operación en que no haya unanimidad en los miembros de la Junta Consultiva de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones, se someterá el caso a la decisión del Organo Ejecutivo".

Según su encabezamiento, el Presidente lo dictó "en uso de las autorizaciones extraordinarias conferidas por la Ley 111 de 1937", la cual en lo pertinente dice: "Desde la sanción de la presente ley, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar y suspender las disposiciones vigentes y dictar nuevas sobre control de cambios, exportaciones e importaciones....."

Así fuese tan sólo para alindar el problema, conviene anticipar estas breves observaciones:

a) No están acusadas las leyes aducidas como fundamentales de los Decretos. Se advierte esto por dos motivos: primero, que las alegaciones de los demandantes sobre tales leyes no podrían llevar a la Sala a decidir acerca de algo extraño a la demanda a que debe concretarse, y segundo, que si bien al tratarse de decreto dictado en razón de una ley especial no puede atacarse válidamente sin atacar o haber atacado la ley misma, no sucede otro tanto cuando, como en el caso presente, las respectivas leyes son de autorizaciones generales y los decretos tienen la calidad por obra de la cual actualmente conserva la Corte Suprema el conocimiento de su acusación al tenor del artículo 214 de la Carta, en contraste con los otros decretos aludidos, de que conoce el Consejo de Estado según el artículo 216 de la misma.

b) No están acusadas las Resoluciones números 100 y 101 de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones, dictadas en febrero de 1941, respectivamente el 21 y el 27 y aprobadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ésta el mismo día de pronunciada y aquélla al siguiente. Ambas se acompañan a la demanda en copia auténtica (folios 13 a 15).

No se hace esta advertencia en tono de reclamo a los demandantes porque no las acusaran, pues de seguro ellos deliberadamente se guardaron de hacerlo por tener presente que el conocimiento de acusaciones contra tales providencias no corresponde a la Corte Suprema ni así se ventilan. Se habla de este detalle para explicar por qué no se estudian tales Resoluciones por la Sala, a pesar de que gran parte de la demanda versa sobre ellas, en lo que en los hechos procedieron los acusadores cual si pudieran ellas involucrarse en procesos de la especialidad y singularidad del presente.

La acusación considera los decretos desde dos puntos de vista distintos que, por lo mismo, deben tratarse separadamente, a saber: en sí mismos y en relación con las leyes invocadas como su fundamento.

Sobre esto último se les acusa porque, según la demanda, se excedieron de las autorizaciones legales, con lo que quebrantaron los preceptos constitucionales que establecen la limitación de las distintas ramas del Poder Público y atribuyen exclusivamente al Congreso la potestad de legislar. Sostienen que el Ejecutivo se confirió a sí mismo facultades no otorgadas y que en esta forma legisló. Y respecto de lo primero, sostienen que las disposiciones acusadas quebrantan de suyo algunas de la Constitución, entre ellas las que garantizan los derechos adquiridos y la que pone a los extranjeros en el mismo pie de los nacionales, en Colombia.

La confrontación entre el texto de cada una de esas leyes, copiado aquí en lo pertinente para mayor claridad, y las disposiciones de los decretos respectivos aquí acusadas, basta para hallar inaceptables los cargos sobre arrogación de facultades o autorizaciones no conferidas al Ejecutivo por el Congreso. Este concepto es de la más diáfana claridad en lo tocante al Decreto de 1936, pues que versa sobre el modo de pagarse las importaciones, y es inadmisible siquiera suponer que la reglamentación de este detalle quedara excluída de las amplias autorizaciones de la Ley 31 de 1935 para modificar las disposiciones vigentes sobre control de cambios y exportaciones, máxi-

me si no se olvida que ésta se dictó con la atención puesta en la balanza internacional de pagos y en defensa de las reservas de oro del Banco de la República, según su artículo 7º aquí transcrito.

Cuanto al artículo 1º del Decreto de 1938, que es el principal blanco de los ataques de los acusadores, se tiene que, según ellos, autorizado el Ejecutivo para controlar determinadas operaciones, dio a otras una calidad de que carecen, con tal de incluírlas dentro de la autorización conferida para sólo aquéllas; de suerte que en esta forma extendió su facultad más allá de donde la había recibido. Versa el cargo sobre la locución **cambios internacionales**, elásticamente entendida por el Ejecutivo en dicho artículo 1º, al decir de la demanda.

Presenta ella a tal fin ejemplos de actos a primera vista inocentes o inocuos ante el control y aun extraños al mismo y a los peligros que aspira a conjurar. Pero el razonamiento no puede detenerse en esa apariencia dejando de lado los pasos que han de seguir o sencillamente es de esperarse que seguirán a esos actos que, por lo tanto, si mirándolos aisladamente podrían considerarse como inocuos, no lo son por las consecuencias a que dan lugar ni menos por las finalidades a que de ordinario precisamente se encaminan como simples medios, ya que una elemental prudencia obliga al legislador a prevenir aquello que quiere que no suceda, en vez de limitarse a castigar las infracciones ya consumadas.

Tal previsión, obligatoria siempre, con más veras lo es cuando el interés del país está comprometido en sectores de su actividad de predicamento máximo evidente y en horas de singular gravedad para el mundo.

Que el movimiento de las disponibilidades y créditos de todo orden existentes en el país no pueda considerarse cambio internacional si dentro del país se efectúa, es concepto que participa de la aludida apariencia favorable inicial. Esta se disipa al examinar el fondo y ver que ese movimiento tiene que consistir en traslados o, con más precisión, forzosamente los implica o impone, por lo cual, a no habérsele incluído en el Decreto, abierto habría quedado un sencillo y seguro escape a las restricciones con que él y otras numerosas medidas sucesivamente acordadas durante la guerra mundial han procurado lograr los ya expresados fines de interés público, y también se faltaría al sentido rigurosamente lógico de aquella locución **cambio internacional** que los demandantes restringen en exceso.

Por ejemplo: negocian entre sí en el país dos casas extranjeras o colombianas ambas o una colombiana y otra extranjera, lo que para el caso no establece diferencia, en forma que los fondos que una de ellas tiene en Colombia se trasladen a la otra aquí para reembolsárselos en el exterior; si ello hubiera de realizarse libremente, a más de no pasar esa operación por los trámites y ante las autoridades que las vigilan y controlan y quedar fuera del conocimiento oficial, dejaría de entrar al país el dinero que a él tendría que traer la compañía que, necesitándolo aquí, lo ha obtenido de aquel modo; y, por otra parte, se tendría también —y este detalle es decisivo al respecto— que esta compañía para reembolsar a la otra los fondos que de ésta recibió tendría que valerse de giro u orden de pago en el país extranjero correspondiente, circunstancia imprescindible ésta, como anexo o elemento constitutivo de tal operación, que da la calidad de cambio internacional incuestionable a un acto carente de ella ante el criterio de los acusadores.

Los consumos de un colombiano en el exterior hechos con fondos colombianos, no dejan de implicar por su lado un cambio internacional, puesto que es con giros sobre el exterior como a sus manos llegan esos fondos. Que en cada caso individual las remesas no sean copiosas, no es razón para desconocer que implican cambio de esa clase.

A los colombianos que se hallan en el extranjero temporal u ocasionalmente no es a los que mira el decreto, porque, sin perjuicio de la vigilancia y control, referente a todos, aquél en su disposición acusada habla sólo de los domiciliados.

No puede pasarse por alto la diferencia entre reglamentar y prohibir. El Decreto no prohibe en sí las operaciones a que se refiere sino que las somete a ciertas formalidades, cuya congruencia con los fines del control salta a la vista. De resto, las sanciones son el complemento obligado de las ordenaciones, pues, como siempre se ve en las leyes, ellas no acogen en pie de identidad lo que obedece y lo que desobedece sus preceptos. No sobra en este sentido recordar el artículo 6º del C. Civil.

En suma, el Decreto de 1938 no peca del exceso o abuso de las autorizaciones conferidas al Ejecutivo en la ley invocada para dictarlo. Y, ha-

llándose con mayor sencillez que otro tanto acontece con el de 1936, se ven libres ambos de la inconstitucionalidad que la demanda les atribuye al considerarlos desde ese punto de vista, esto es, en relación con tales leyes.

En lo relativo a preceptos constitucionales distintos de los referidos, esto es, respecto de aquellos de cuyo quebranto acusa la demanda en el concepto de que éste proviene de los decretos en sí, ella señala en primer lugar la garantía de los derechos adquiridos y la igualdad de los extranjeros con los colombianos, a que hoy respectivamente corresponden los artículos 30 y 11 de la Carta.

Como queda visto al resumir los cinco artículos del Decreto de 1936, ellos reglamentan el pago de las mercancías importadas, sin establecer distinción entre los importadores por ser colombianos o extranjeros. Y del propio modo, tampoco la hace el artículo 1º del Decreto de 1938 al enumerar las operaciones a que allí se refiere, para disponer lo que dispone considerándolas cambio internacional.

Por consiguiente, carecen de fundamento las quejas de la demanda en relación con dicho artículo 11. Si los decretos establecieran diferencia de tal índole, sería el caso de estudiarlos ante ese precepto, según el cual "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos", adversativamente seguido allí de esta salvedad: "Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros". A mayor abundamiento el inciso 2º de esta disposición dice: "Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes".

Cuanto al artículo 30 (antes 26) de la Carta, se acogen las siguientes reflexiones del señor Procurador General de la Nación:

"Desde luego, el conflicto que plantea el sistema de Control de Cambios es porque interfiere el campo de la propiedad privada y limita o restringe el libre ejercicio de sus atributos para hacerlo concurrir a fines de interés social. En forma, pues, de que el fundamento constitucional del sistema de Control de Cambios debe examinarse a la luz del artículo 26 de la Constitución Nacional. Esta disposición consagra la norma general de que "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores". Pero el mismo artículo establèce, como excepción de la regla anterior, que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública e interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social". Y este principio de la primacía del interés público sobre el interés privado, fue consagrado en el artículo 31 de la constitución de 1886, y es el mismo reproducido en el artículo 10 del acto legislativo número 1º de 1936 con la sola adición de **"o interés social"**. Por manera que desde 1886 ha imperado en nuestro sistema constitucional el principio de que en los conflictos entre los intereses privados y los intereses públicos, los primeros deben ceder ante los segundos, lo que desde luego implica ya la posibilidad de limitación al concepto absoluto, clásico y tradicional del derecho de propiedad. Me parece que el concepto **"interés público"** era y será siempre lo suficientemente amplio y comprensivo, como expresión genérica de lo que atañe a la comunidad nacional, para incluir los conceptos más restringidos y circunscritos de **"interés social"** y de **"interés económico"**. Quiero decir que el **interés público** comprende los otros intereses mencionados, y muchos otros, aún superiores, como preservar la integridad de la soberanía y salvaguardiar la organización política del Estado, manifestaciones estas últimas que aunque por su naturaleza genuinamente política están comprendidas en la esfera de **"orden público"**, tienen como raíz y como justificación de sus fines el **interés público"**.

"A la anterior concepción en cuanto a las posibles restricciones a la propiedad privada que tuvieron en cuenta los constituyentes de 1886, los de 1936 perfilaron y precisaron más concretamente el sentido de las restricciones al declarar en el mismo artículo 10 del acto legislativo de aquel año que "la propiedad es una función social que implica obligaciones". En mi sentir esta es una fórmula de expresión que, confirmando el carácter de derecho que a la propiedad privada le reconoce el inciso primero del artículo 10, le asigna el elemento correlativo de obligación

—anexo a todo derecho— como función social que debe cumplir. Es decir que se rectificó en forma más clara y concreta el viejo y arraigado prejuicio, más jurisprudencial que institucional, del derecho absoluto y arbitrario que atribuía al propietario particular la facultad autónoma y omnímoda de hacer o no hacer, aun contra los intereses latentes de la Comunidad".

La Sala Plena acoge igualmente los siguientes conceptos de la de Casación Civil en sentencia de 5 de abril de 1940:

"La libre facultad de contratación, sin restricciones de ninguna especie, cedió el campo a la intervención estatal en beneficio de los intereses generales. La autonomía de la voluntad, en ciertos campos de la actividad humana, ha sufrido una restricción impuesta por circunstancias atañederas a la defensa económica de los países...

"Surgió entonces, de una manera clara y precisa, el orden público económico o sea la aplicación de ciertas normas de orden general que, primando sobre el interés individual, contemplan la seguridad y beneficio económico de la sociedad y de las Naciones".

Estudia esa sentencia en seguida varias de las disposiciones sucesivamente dictadas sobre tal pie o con tal fin, como la Ley 99 de 1931, los Decretos 1683 y 2092 de ese año y el 2806 de 1936, demandado hoy, y agrega:

"De todo lo anterior resulta lo siguiente: a) Que la libertad contractual en el comercio de importación y de exportación y de cambios internacionales está restringida y limitada por altos principios de orden público económico anexos al desarrollo comercial del país, al equilibrio de la balanza de comercio y a la estabilidad de la moneda colombiana, con el fin, entre otros, de evitar su desvalorización; b) Que en la aplicación de las leyes, decretos y reglamentos sobre control de cambios se debe tener en cuenta el origen de la mercancía importada y atenerse, cuando sea el caso, a los pactos que sobre el particular haya celebrado el país; c) Que es el principio de compensación y su desarrollo lo que rige en forma de norma positiva en el comercio de importación, exportación y cambios internacionales..."

"No valdría el argumento consistente en afirmar que, importada una mercancía, su pago debe hacerse al agente, residente en Colombia, de la casa exportadora, en moneda distinta de la correspondiente divisa según el caso, en dólares o en moneda colombiana, por ejemplo, por cuanto se dijera que el dinero proveniente de ese pago no se exportaría sino que quedaría dentro del país, porque al aceptar esa tesis, la finalidad de las disposiciones sobre control quedaría prácticamente anulada, pues entonces quedaría el país con un saldo débito que iría creciendo progresivamente, a favor de otros países que no compraran frutos colombianos en la proporción establecida o que tuvieran en mira proveerse de divisas extranjeras a costa del país, eludiendo así el principio de la compensación, elemental e indispensable hoy para la vida económica de muchos países, entre ellos Colombia". (G. J. Tomo XLIX, págs. 219 a 224).

El tiempo transcurido desde los decretos aquí estudiados o desde la fecha de la demanda inicial de este proceso y el día de hoy ha dado campo a una completa mutación de las circunstancias, así haya sido tan sólo porque entre tanto terminó la guerra mundial. Claramente se ve que las medidas tomadas para atender a la situación determinada por ella habrán de ir reemplazándose por las correspondientes a la nueva situación del mundo, tal como se vaya reajustando en cada país y en las relaciones de éstos entre sí lo atañedero a actividad industrial, intercambio de productos, régimen monetario, etc. Apenas habrá para qué advertir que la probabilidad o certeza de que a modalidades distintas habrán de corresponder **pari pasu** reglamentaciones distintas, en manera alguna puede apartar al sentenciador de lo que constituye el problema que se le somete en cada caso dado, a cuya solución ha de atender como compete, no a lo que pueda imaginarse para el futuro, sino a las disposiciones efectivas dictadas para una situación efectiva.

En mérito de lo expuesto y oído el concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, ejerciendo la atribución que le confiere la Constitución Nacional en el artículo 214 de su actual nomenclatura, declara exequibles las disposiciones aquí acusadas, a saber: el artículo 1º del Decreto Nº 326 de 25 de febrero de 1938 y los artículos 1º a 5º del Decreto número 2806 de 11 de noviembre de 1936.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Comuníquese al Ministerio de Gobierno y al de Hacienda y Crédito Público.

Hernán Salamanca—Germán Alvarado — Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock—Agustín Gómez Prada —Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez—Ramón Miranda —José Antonio Montalvo—Domingo Sarasty—Arturo Tapias Pilonieta—Eleuterio Serna R.—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón.—Secretario en ppdad.



SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION

Es muy distinto demandar la nulidad de una venta por falta de acuerdo entre las partes sobre la cuantía del precio, en que la discusión se plantea, como en la demanda de casación sobre el límite más alto o más bajo del precio estipulado, a demandar sobre la base de que el contrato consignado en el respectivo documento literal es meramente aparente, tendiente a encubrir otra convención.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La señora Beatriz Pacheco de van Meek juntamente con su esposo Juan van Meek Uribe cedieron a título de venta al doctor Carlos Adolfo González, por medio del instrumento público número 213 de 28 de enero de 1937, otorgado en la notaría 4ª de esta ciudad, los derechos litigiosos que la primera tenía en esa época vinculados en la mitad de la casa que le correspondió en la sucesión de la señora Lucrecia Rodríguez de Cañón, situada en la esquina noreste de la calle 18 con la carrera 7ª de esta ciudad.

El doctor Francisco Sáenz Arbeláez con poder de la señora Beatriz Pacheco de van Meek instauró juicio contra el doctor Carlos Adolfo González a efecto de que se declare absolutamente nulo el contrato de venta o de dación en pago anterior; y que en consecuencia las cosas vuelvan al estado que existía antes de la celebración del referido contrato, para lo cual debe ordenarse la cancelación de la escritura en que se hizo constar, número 213 de 28 de enero de 1937.

Los hechos básicos de la demanda están puntualizados así:

"2º Ni poderdante al igual que su cocontratante Carlos Adolfo González entendieron vender y comprar el crédito hipotecario por $ 5.000 más sus intereses devengados y por devengar de que tratan las cláusulas cuarta y quinta de la escritura 213 de 28 de enero de 1937, pasada ante el Notario 4º de Bogotá;

"3º Mi poderdante no entendió vender ni su contratante Carlos Adolfo González, comprar, los derechos de que tratan las cláusulas primera, segunda y tercera de la escritura 213 de 28 de enero de 1937, Notaría 4ª de Bogotá;

"4º En el momento de la celebración del contrato aparente de compraventa contenido en la escritura tántas veces citada 213 de 1937, cláusulas cuarta y quinta, aparentemente existía el crédito hipotecario materia de esa venta, pero real y jurídicamente no existía y así lo aceptaron mi demandante y el demandado Carlos Adolfo González;

"5º Con la aparente compraventa de los derechos de que tratan las cláusulas primera, segunda y tercera de la escritura 213 de 28 de enero de 1937, Notaría 4ª de Bogotá, entendió mi mandante asegurar a Carlos Adolfo González la existencia del crédito que le vendía y en caso de quedar inexistente tal crédito el reembolso de lo recibido por la cesión del mismo;

"6º No hubo precio ni lo recibí por los derechos que se dice vendió mi mandante en la apariencia, que se determinan en las cláusulas primera, segunda y tercera de la citada escritura 213 de 28 de enero de 1937, Notaría 4ª de Bogotá;

"7º Ni mi mandante ni su contratante Carlos Adolfo González tuvieron intención de vender ni de comprar sino de asegurar el pago de una cantidad de dinero recibida por mi mandante señora Beatriz Pacheco de van Meek y por su esposo señor Juan van Meek Uribe, así: $ 1.000 el día 1º de octubre de 1936 y $ 4.300 el día 18 de enero de 1937;"

El juez de primera instancia declaró infundada la excepción de prescripción alegada por el demandado, y lo absolvió de todos los cargos del libelo.

El tribunal judicial de Bogotá a donde subió el negocio por recurso de apelación de la parte de-

mandante, confirmó en todas sus partes la sentencia del juez.

Contra el fallo del tribunal interpuso el recurso de casación el demandante. Agotados los respectivos trámites ante la Corte, ésta entra a definirlo.

Para comprender mejor el alcance de los cargos formulados contra la sentencia del tribunal, precisa fijar primero con claridad las prestaciones recíprocas a que las partes conmprometiéronse en el contarto cuya nulidad absoluta se demanda. Así se verá con mayor luz hasta dónde se justifican las pretensiones de la actora.

EL CONTRATO

Por medio del contrato Beatriz Pacheco cedió a título de venta a Carlos Adolfo González los derechos litigiosos que ella tiene vinculados en la mitad de la casa que le correspondió en la sucesión de la señora Lucrecia Rodríguez de Cañón, ubicada, como está dicho, en la esquina noreste de la calle 18 con la carrera 7ª de esta ciudad.

Los nombrados derechos litigiosos surgieron, según mención del instrumento, con las demandas de nulidad que se estaban adelantando ante la justicia ordinaria de los siguientes contratos: el contenido en la escritura número 2177 de 30 de septiembre de 1933 por medio de la cual Beatriz Pacheco, entonces soltera y menor de edad, vendió el derecho de propiedad en la mitad de la misma casa a Isabel Rodríguez de Albarracín; el contenido en la escritura 379 de 22 de febrero de 1935 por medio de la cual Beatriz, todavía menor de edad pero autorizada por su esposo Juan van Meek, le confirió poder al doctor Jorge Giraldo Urdaneta para establecer varias acciones contra la señora Rodríguez de Albarracín, solicitando la rescisión de la venta al que a ésta le hizo según la escritura 2177, por causa de la menor edad de la vendedora, y transfiriéndole al apoderado el 50% de los derechos litigiosos vinculados en el inmueble; y el contenido en la escritura 583 de 13 de marzo de 1935 por medio de la cual Jorge Giraldo Urdaneta vende a Alfonso Arenas los mismos derechos litigiosos que le había cedido Beatriz.

La enajenación a González comprendió expresamente el valor de los frutos civiles, de los intereses devengados y de las costas judiciales en relación con los aludidos derechos en litigio, así como también los derechos juntamente con sus frutos que le quedaran a salvo a la vendedora en caso de fallarse en su contra los pleitos ya mencionados, y bajo el mismo evento, el crédito hipotecario por $ 5.000 constituído a favor de la señora Pacheco por la señora Rodríguez de Albarracín, como parte del precio que ésta quedóle adeudando por la venta de la mitad de la casa de la calle 18 con carrera 7ª, citada. También comprendió los intereses devengados y por devengar a partir del 1º de noviembre de 1935 sobre el crédito hipotecario en mención, intereses que hubieren entrado a formar parte de los gananciales de la sociedad de bienes del matrimonio Pacheco-van Meek.

Por precio de los derechos litigiosos se estipularon $ 22.000; por la cesión de los derechos relativos a los frutos demandados y a las costas $ 3.000; y por el crédito hipotecario $ 5.000.

Las cláusulas **octava, novena y décima** es mejor transcribirlas:

"Octava. — El total de los precios acordados, pues, ascienden a la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda legal; y, por tanto, en virtud de la dación verificada, Beatriz Pacheco y Juan van Meek Uribe dan por pagos así: a) Con mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal que los mismos exponentes Pacheco y van Meek Uribe declaran haber recibido en dinero contante, de manos del compareciente Carlos Adolfo González el primero (1º) del mes de octubre del año de mil novecientos treinta y seis (1936); b) Con cuatro mil trescientos pesos ($ 4.300.00) moneda legal que los mismos esposos Pacheco y van Meek Uribe recibieron en dinero contante de manos de González a su satisfacción el diez y ocho (18) del presente mes; c) Con veintidós mil pesos ($ 22.000) moneda legal a que asciende el valor de las prestaciones mutuadas que González queda obligado a pagar por cuenta de los mismos comparecientes Pacheco y van Meek Uribe a quien o quienes un fallo favorable a la parte demandante proferido y ejecutoriado en los pleitos de que habla este contrato, ordene que se paguen, junto con el valor de los honorarios debidos por los exponentes vendedores al doctor Luis F. Rincón Castro y que fueron estipulados en el cuarenta por ciento (40%) del interés de los pleitos, y junto con el valor de las costas de los juicios; d) Con dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00) moneda legal que entregará González a la vendedora Beatriz Pacheco o a quien sus derechos represente, el día en que queden en firme los fallos favorables proferidos en los juicios ordinarios antes expresados

y por virtud de los cuales González haga o pueda hacer efectivos los derechos materia de los contratos cristalizados en este instrumento. Novena—Caso de que el fallo proferido en el juicio ordinario seguido por la exponente Pacheco contra Isabel Rodríguez de Albarracín sea favorable a la parte demandante, los cinco mil pesos ($ 5.000.00) dados por la cesión del crédito hipotecario otorgado por la misma Rodríguez a la compareciente, debe entenderse que se imputen como pago de parte del precio de los derechos litigiosos a que se refieren las cláusulas primera y segunda de esta escritura y que la cesión de ese crédito hipotecario se dará por no hecha, toda vez que el expresado fallo lo dejaría sin existencia jurídica. Décima—Como consecuencia de las ventas hechas por esta escritura al contratante González, especialmente de lo estipulado en el aparte c) de la cláusula octava (8ª), se declara que Beatriz Pacheco y Juan van Meek Uribe, quedan descargados de las obligaciones de pagar los créditos de que trata dicho aparte c), respecto de las prestaciones mutuas hasta la cantidad de doce mil pesos ($ 12.000.00), y respecto de honorarios debidos al doctor Rincón Castro, obligaciones que toma a su cargo el compareciente González para completar así, como se ha expresado, el pago del precio de las ventas."

Por último, las partes agregaron la explicación de que si González transigía los pleitos o vendía los derechos, por el mismo hecho quedaba obligado a pagar a Beatriz Pacheco, dentro del término de 8 días contados desde el acto de venta o transacción, los $ 2.700 de que habla la letra d) de la cláusula octava; y advirtieron que la cesión del crédito hipotecario por los $ 5.000 de que habla la escritura, fue hecha también por medio de nota especial suscrita al pie de la copia de la escritura de hipoteca, "y que las condiciones de pago y éste mismo se han satisfecho por parte de González con los dineros que Beatriz expresa haber recibido a su satisfacción".

Las sentencias que definieron los litigios comprados por González

El juicio promovido por Beatriz Pacheco por medio de su apoderado Jorge Giraldo Urdaneta, a quien le cedió el 50% de su interés en el litigio, tendiente a obtener la nulidad de la escritura únmero 2177 de 30 de septiembre de 1933 por medio de la cual vendió a Isabel Rodríguez de Albarracín el derecho a la mitad de la casa que había adquirido en la sucesión de Lucrecia Rodríguez de Cañón, fue decidido de manera definitiva por sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de 25 de octubre de 1939, en sentido favorable a las pretensiones de la demandante, quien además quedó obligada a efectuar determinadas prestaciones en pro de la parte vencida, demandada.

Y el juicio de nulidad de los contratos de las escrituras 379 de 22 de febrero de 1935 y 583 de 13 de marzo del mismo año, la primera de poder de Beatriz Pacheco a Jorge Giraldo Urdaneta para representarla en el pleito contra Isabel Rodríguez de Albarracín y traspaso al mismo apoderado del 50% del interés de la poderdante en el pleito, y la segunda por medio de la cual Giraldo Urdaneta vendió a Alfonso Arenas los derechos litigiosos que había adquirido de Beatriz, fue fallado por sentencia de casación de esta Corte el 29 de octubre de 1940, que casó la que había dictado el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá el 4 de diciembre de 1939, para confirmar en todas sus partes la que había proferido el juez cuarto civil del circuito de Bogotá el 21 de octubre de 1938, y que declaró nulo el contrato contenido en la primera escritura; y no accedió a decretar la nulidad del contrato entre Jorge Giraldo y Alfonso Arenas.

El recurso de casación

El recurrente invoca contra la sentencia del tribunal que decidió la presente acción la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, o sea violación de la ley sustantiva.

La sentencia del tribunal que por tal causa se acusa en casación con el objeto de que anulada sea reemplazada por otra en que se decrete la acción ejercitada, en lo esencial concluye negando que esté acreditada la ausencia de **objeto, consentimiento** y **precio** en el contrato materia del juicio.

Respecto al precio dice el tribunal, que como elemento esencial de la compraventa debe estar presente en el caso de autos; de lo contrario no habría compraventa o degeneraría el contrato en otro diferente.

Estudia el sentenciador las cláusulas de la escritura y luego dice:

"La determinación en su mínimum y en su máximum, lo hace detreminable por los medios

o datos consignados por los contratantes, en forma que no queda al arbitrio de uno de ellos la fijación. Como lo expresa el artículo 1864 del C. C., 'podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen'; esto es, no se necesita que al celebrar el contrato el precio esté ya determinado, pero sí que sea determinable por los medios o indicaciones de los contratantes; más aún, tal determinación no debe quedar al arbitrio de uno de ellos, sino que debe ser el resultado del acuerdo de las partes, conforal inciso final del artículo 1865 del mismo Código.

"Los mismos contratantes hicieron determinable el precio al celebrar el contrato, según las indicaciones que consignaron en el instrumento; y señalaron un mínimum y un máximum del precio, por lo cual no queda al arbitrio del comprador González la fijación del precio de la compraventa de los derechos vendidos.

"El precio de la cesión de los derechos relativos a los frutos demandados y a las costas, también fue determinado: $ 3.000.00. Y para el crédito hipotecario vendido, se había fijado la suma de $ 5.000.00. No hay pues falta de precio; ni imposibilidad de determinarlo en la venta de los derechos mencionados en las dos primeras cláusulas, ya que se vio es determinable con los datos e indicaciones de los contratantes, dentro de un mínimum y un máximum.

"En cuanto a no haberse recibido él precio acordado, ya se estableció que se recibieron $ 5.300.00; y aunque el resto no se haya recibido, no hay nulidad del contrato, ni ausencia de uno de sus elementos constitutivos, sino un incumplimiento del comprador, que da origen a acciones muy diferentes de la nulidad".

Considera el recurrente que el tribunal incidió en error de hecho evidente en la interpretación de la escritura 213, contentiva del contrato cuya nulidad se demanda, y por esa mala apreciación violó los artículos 1759, 1501, 1502, 1518, 1524, 1622, inciso 3º, 1741, artículo 2º, ley 50 de 1936, 1769, 1864, 1849, 1521, ordinal 4º y 1776 del Código Civil, por no haberles dado aplicación.

Transcribe otros conceptos de la sentencia y luego concluye con este interrogante: "¿De dónde puede deducir el tribunal que el cuarenta por ciento del interés de los pleitos (cláusula octava), honorarios equivalentes al 40% del valor de los derechos sobre la cosa litigiosa, equivale a diez mil pesos ($ 10.000.) moneda corriente? Solamente con base en este error pudo llegar el tribunal a la conclusión de que el precio de $ 30.000 fijado por la vendedora fue aceptado por el comprador González, quien únicamente admitió pagar hasta $ 12.000 por concepto de prestaciones mutuas y no los $ 22.000.00 fijados por la vendedora, los $ 2.700 señalados en el aparte d) de la cláusula octava y $ 5.300 por el crédito hipotecario, o sea un total de $ 20.000 contra $ 30.000 que exige la vendedora.

Tampoco tuvo en cuenta el fallador, violando manifiestamente el artículo 1769 del Código Civil, continúa diciendo el recurrente, la confesión judicial de González en las posiciones que absolvió a petición de la demandante, cuando expresó que ésta "recibió el precio de treinta mil pesos y aun suma mayor que me debe", con lo cual admite el doctor González que el precio fue el señalado en la cláusula **octava**, o sean $ 30.000, más el 40% del interés de los pleitos al doctor Rincón Castro, y no el de $ 20.000, que él ofrece pagar más el dicho 40%? ¿Cómo puede saberse cuál fue el precio de la venta si el vendedor reclama $ 30.000 más un 40 % del interés en los pleitos para un tercero y el comprador ofrece pagar únicamente $ 20.000 más ese 40%?

De consiguiente no hubo estipulación de precio, según dos ofertas, una de la vendedora y otra del comprador, e incurre el tribunal en violación de los artículos 1501, 1502 y 1865 del Código Civil, aparte de las disposiciones ya señaladas.

Por último se dice que hay error de hecho y consiguiente violación de los artículos 1622, inciso 3º y 2652 del Código Civil, por haber dejado de apreciar el tribunal las sentencias de la Corte Suprema de 25 de octubre de 1939 y 29 de octubre de 1940, como pruebas de la simulación demandada. Se explica: De esas sentencias se deduce que los derechos materia de ellas radicarán en cabeza de la señora Beatriz Pacheco y así se inscribieron en la correspondiente oficina de registro, sin que por parte alguna se mencione a Carlos Adolfo González. Este no hizo valer la escritura 213 para pedir su reconocimiento como cesionario de los derechos que le había cedido Beatriz; de manera que la interpretación que ella le dio a la mencionada escritura, sin reclamo alguno de parte de González, relieva que el contrato real y verdadero celebrado fue el de cesión del crédito hipotecario; tal circunstancia no pudo dejar de tenerla en cuenta el tribunal, sin incurrir en el error de hecho alegado.

Sobre las alegaciones anteriores, que son síntesis fiel de las del recurrente, ruedan todos los cargos de casación. Esos motivos son el eje de las impugnaciones a la sentencia del tribunal.

Examen de los cargos

Cabe advertir que la litispendencia se trabó sobre los hechos de la demanda, como generadores de la nulidad invocada, y a esos hechos tenía que atenerse el tribunal en el examen de la acción. Pues bien, la acción se enderezó con un sentido distinto del de la ausencia de precio en la cesión de los derechos litigiosos, como base preponderante de la nulidad del contrato. Pidióse la nulidad en razón de que la Pacheco "al igual que su contratante Carlos Adolfo González entendieron vender y comprar el crédito hipotecario por $ 5.000 más los intereses" (hecho 2º), pues la misma "no entendió vender ni su contratante comprar los derechos de que tratan las cláusulas primera, segunda y tercera de la escritura 213" (hecho 3º); y que "con la parente compraventa de los derechos de que tratan las cláusulas primera, segunda y tercera de la escritura 213 entendió mi mandante asegurar a Carlos Adolfo González la existencia del crédito que le vendía y en caso de quedar inexistente tal crédito el reembolso de lo recibido por la cesión del mismo" (hecho 5º), por cuya razón "ni mi mandante ni su contratante tuvieron intención de vender ni de comprar sino de asegurar el pago de una cantidad de dinero recibida por la señora Beatriz Pacheco y por su esposo, así: $ 1.000 el día 1º de octubre de 1936 y $ 4.300 el día 18 de enero de 1937".

La acción fue pues de nulidad por simulación de la escritura 213 en cuanto el consentimiento de las partes contratantes no tendió en realidad a la enajenación de los derechos litigiosos en favor del comprador González sino a asegurarle a éste la existencia del crédito hipotecario y en caso de quedar inexistente el reembolso de lo recibido por la cesión del mismo. De manera que la falta de precio de que habla el hecho 6º de la demanda naturalmente se propuso como consecuencial de la simulación. Es muy distinto demandar la nulidad de una venta por falta de acuerdo entre las partes sobre la cuantía del precio, en que la discusión se plantea, como en la demanda de casación sobre el límite más alto o más bajo del precio estipulado, a demandar sobre la base de que el contrato consignado en el respectivo documento literal es meramente aparente, tendiente a encubrir otra convención.

La intención de la demanda encamínase pues a descubrir que tal venta de los derechos litigiosos contenida en la escritura 213 no existe, pues el propósito de los contratantes fue el de asegurar la existencia del crédito hipotecario.

Sobre el particular el tribunal no halló acreditada la simulación. Refiriéndose a este postulado de la litis, y especialmente al hecho 5º de la demanda, dice el tribunal:

"No está probado: como se vio en el examen de la prueba del hecho inmediatamente anterior, lo único que las partes entendieron fue vender y comprar el crédito hipotecario: si el fallo era desfavorable a la Pacheco, el comprador González nada había perdido de sus cinco mil pesos pagados por la venta, porque podría hacer efectivo el crédito cedido a Isabel Rodríguez de Albarracín, deudora hipotecaria; y si el fallo era favorable a Beatriz, entonces, como no se podía hacer efectivo el crédito, por quedar sin vida jurídica, el comprador y la vendedora debían imputar los $ 5.000.00 precio de la cesión, al precio y pago de los derechos a que se refieren las cláusulas primera y segunda de la escritura".

"Que sólo se hubiera perseguido por la demandante asegurar al demandado la existencia del crédito vendido, no puede admitirse, porque las partes estaban partiendo de la existencia y reconocimiento de tal crédito; **solamente para el caso de que dejase de existir,** pactaron una imputación del precio de la cesión del crédito, al pago de los derechos vendidos según las cláusulas primera y segunda. No hubo intención de asegurar, caucionar, la existencia del crédito, sino la de vender realmente: y en autos no obra otro elemento probatorio que compruebe otra intención: debe estarse por tanto a lo expresado en la escritura 213 mencionada".

Y más adelante agrega, en síntesis, que la escritura número 213 como tal es plena prueba del contenido en ella expresado por concepto de la intención de las partes, contrato celebrado, precio de la compraventa y modalidades de las obligaciones de que tal contrato es fuente y debe servir de base fundamental para apreciar la prueba de los hechos de la demanda, porque no hay otra prueba que establezca cosa distinta. En consecuencia las afirmaciones sobre contrato aparente,

o intención distinta de la de comprar y vender, carecen de respaldo.

Estos razonamientos tocantes con la acción misma de simulación planteada en la demanda podrían ser suficiente fundamento de la absolución del demandado. Y continúan en pie, porque sólo podrían desvirtuarse merced a que prosperara el cargo de casación atañadero a que el sentenciador menospreció los fallos de la Corte de 23 de octubre de 1939 y 29 de octubre de 1940, demostrativos de simulación en el sentido de que Carlos Adolfo González toleró con su consentimiento que se continuara reconociendo a Beatriz Pacheco como dueña de los derechos vendidos por la escritura 213. Mas ese cargo es a simple vista inaceptable, como que va contra los propios términos de la escritura que se invoca. En efecto; en ninguno de los juicios que terminaron con aquellos dos fallos pudo Carlos Adolfo González hacerse reconocer como parte demandante en reemplazo de Beatriz Pacheco, en razón de que la escritura previó, cláusula undécima, que "la gestión de los pleitos tantas veces mencionados continúa a cargo de la estipulante Beatriz Pacheco mediante su apoderado doctor Rincón Castro, hasta obtener la ejecución total de las sentencias favorables".

Así pues el comprador de los derechos litigiosos no tenía necesidad de apurarse a obtener el reconocimiento de cesionario de los dos juicios, de los derechos que le había cedido Beatriz, pues ella estaba expresamente comprometida a continuar directamente la gestión. Fuera de que, prescindiendo del mérito de esa estipulación, no se ve inconveniente de ningún orden para que el comprador de los derechos litigiosos en un pleito, espere a que el juicio termine para obtener el reconocimiento por el juez, lo cual es apenas pura fórmula, pues lo realmente efectivo, que produce el cambio de dueño por ministerio de la ley, es el mismo contrato de cesión.

Los demás cargos de casación, que se desvían de la simulación, que como se ha dicho fue el objetivo de la demanda, hacia la cuestión del precio en resumen se pueden reducir a que el sentenciador interpretó mal ese aspecto de la escritura 213. Es decir que tal como se pactó ese elemento de la compraventa, resulta inexistente por indeterminado. "Si el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes o hacerse esa determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen, y en la escritura 213 no aparece determinado ese precio es claro que no hubo precio". Este es el pensamiento cardinal que desarrolla el recurrente.

Pues bien, de los términos de la escritura 213, sostiene la Corte, despréndese una clara determinación de precio. Va a verse.

A qué prestaciones comprometióse el comprador González en razón de precio? Sobre el particular la escritura es clara. En dinero entregó: mil pesos ($ 1.000) que la vendedora y su marido declararon haber recibido el 1º de octubre de 1936; $ 4.300 que recibieron diez días antes de la firma de la escritura y $ 2.700 que entregaría "el día en que queden en firme los fallos favorables proferidos en los juicios ordinarios". Es decir que esta última partida fue condicional: se pagaba de obtener sentencia favorable en los juicios a que se vinculaban los derechos cedidos. Perdiéndose los pleitos no existía el crédito.

Fuera de lo anterior, el comprador contrajo esta otra contraprestación en pro de la vendedora: pagaría el valor de las prestaciones mutuas hasta $ 12.000 a cargo de la Pacheco y en favor de "quien o quienes un fallo favorable a la parte demandante proferido y ejecutoriado en los pleitos de que habla este contrato, ordene se paguen"; más el valor de los honorarios debidos por la vendedora al doctor Luis F. Rincón Castro y que fueron convenidos en el 40% del interés de lso pleitos, y el valor de las costas de los juicios.

Quiere decir lo anterior, conforme lo sostiene el tribunal, que si las prestaciones mutuas a que fuere condenada la Pacheco pasaban de $ 12.000 el exceso no corría a cargo de González, a quien al contrario aprovecha el que el valor de las prestaciones no alcance el límite indicado. De otro lado, debe cubrir los honorarios del doctor Rincón Castro y las costas de los juicios, honorarios liquidados en el 40% del valor de los pleitos.

En la escritura se le pone el precio de $ 22.000 a las obligaciones anteriores, pago de prestaciones mutuas, honorarios del doctor Rincón Castro y costas de los juicios; empero se deduce que esta cantidad la fijaron las partes por aproximación, supuesto que depende en definitiva del valor efectivo a que ascienden las prestaciones mutuas, los honorarios del abogado y las costas, valores que sumados después de practicadas las respectivas liquidaciones en el futuro, podían ser inferiores al total de los $ 22.000 indicados.

Naturalmente esto tiene que afectar el precio general de $ 30.000 acordado en la cláusula octa-

va, el cual así también resulta por aproximación, pues si las prestaciones mutuas, los honorarios del abogado y las costas judiciales cuando se liquiden bajan de los $ 22.000 es obvio que aquel precio general tampoco subirá a los $ 30.000 presupuestados.

Esta interpretación surge sin dificultad de los propios términos de las estipulaciones, y está autorizala por el artículo 1622 del Código Civil, según el cual las cláusulas de un contrato se interpretan unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Tampoco hay dificultad en lo relativo a la estipulación de ceder los $ 5.000 del crédito hipotecario. En el momento del otorgamiento de la escritura 213, ese crédito existía en favor de Beatriz Pacheco procedente de la venta que le había hecho a Isabel Rodríguez de Albarracín de la mitad de la casa de la calle 18 con carrera 7ª; como Beatriz cedió a González el evento incierto de la litis con Isabel sobre nulidad de la citada venta, y aquella quiso enajenar especialmente la expectativa favorable que abrigaba de ganar el pleito, en cuyo caso el crédito desaparecía, como efectivamente desapareció con la sentencia de la Corte que decretó la nulidad, las partes también previeron lo que sucedería en caso de que Beatriz Pacheco perdiera el pleito de nulidad, acordando para ese evento la cesión del crédito, que continuaba en vigor. Y se explica que esta cesión se hiciese constar en nota especial suscrita al pie de la escritura de hipoteca, con el ánimo indudable de asegurar por anticipado la cesión para tal evento. Con lo cual tampoco se pactó nada que estuviese reteñido de ilicitud a la luz del artículo 1521 del Código Civil, como quiera que la cesión del crédito así pactada quedó comprendida dentro del negocio de traspaso de los derechos litigiosos procedentes de las acciones de nulidad que estaba adelantando Beatriz Pacheco.

Por consiguiente ninguno de los cargos de casación prospera.

Sentencia

A mérito de lo relacionado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no casa la sentencia del tribunal de Bogotá, materia del recurso que se deja estudiado.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen e insértese el fallo en la **Gaceta Judicial.**

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA PARTICION

La acción de nulidad o rescisión de una partición corresponde, conforme al artículo 1405 del Código Civil, exclusivamente a los partícipes, que son los que tienen interés en alegarla; no a terceros para quienes la partición es RES INTER ALLIOS. Del contexto del mismo artículo 1405, inciso 2º, y de las disposiciones siguientes, 1406, 1407, 1408, 1409 y 1410 se infiere, sin ningún esfuerzo, la teoría indicada, ya que la rescisión por causa de lesión se da al PARTICIPE que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota; corresponde a los otros PARTICIPES detener la acción rescisoria ofreciendo y asegurándo el suplemento al perjudicado; pierde la acción de nulidad o rescisión el PARTICIPE que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo las excepciones expresamente legisladas; la prescripción de la acción de nulidad o rescisión está erigida entre PARTICIPES; y por último, el PARTICIPE que no intente la acción de nulidad o rescisión no pierde los otros recursos que posea para ser indemnizado. Ni aun los acreedores tienen la acción de nulidad de la partición, cuando se pretermite la observancia de las prevenciones legales destinadas a facilitar por la herencia el pago de sus acreencias, según lo reconoció la Corte en la doctrina que aparece en el número 2637 del tomo 1º de su Jurisprudencia.

Por otro aspecto, el reparto de bienes que no pertenecen a la herencia tampoco es motivo de nulidad de la partición entre los herederos. Mucho menos lo será con relación a terceros. Así se infiere del artículo 1388 del C. C.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta).

Ante el juez del circuito de Sabanalarga, departamento del Atlántico, los señores Juan Antonio Mercado Barraza, María de la Cruz Coronado de Mercado, casados entre sí y Eusebio Coronado, demandaron por la vía ordinaria a Valentina Coronado para que se declare:

a) Que la demandada no es dueña de los derechos y acciones que le fueron adjudicados en el juicio de sucesión de Antonia Ruiz, protocolizado en escritura Nº 50 de 10 de noviembre de 1942 otorgada en la notaría de Sabanalarga, vinculados al terreno denominado "Cabeza de León", por la ubicación y linderos expresados en la demanda;

b) Que no es legal la adjudicación que se le hizo a Valentina Coronado en la partición de los bienes de la sucesión de Antonia Ruiz, en el terreno de Cabeza de León, indebidamente inventariado y partido en dicha sucesión;

c) Que es nula la partición de los bienes de la sucesión de Antonia Ruiz;

d) Que los demandantes son los legítimos propietarios del terreno de Cabeza de León;

e) Que se ordene la cancelación del registro de la escritura de protocolización del juicio de inventario y partición de los bienes de la mortuoria de Antonia Ruiz.

f) Que se declare que los demandantes tienen ganada la prescripción adquisitiva de dominio sobre el terreno Cabeza de León, como poseedores de buena fe de ese predio en más de doce años.

El juez le puso término al juicio absolviendo a la demandada. En grado de apelación el tribunal de Barranquilla confirmó la sentencia apelada.

El apoderado de los demandantes recurre a la Corte en casación. En el término correspondiente formuló la demanda respectiva, la cual examínase a continuación.

La sentencia del Tribunal

El tribunal luego de fijar que el alcance y sentido de la demanda es de nulidad de la partición en cuanto se refiere a la adjudicación que allí se le hizo a Valentina Coronado de una cuota en el terreno denominado Cabeza de León, terreno que los demandantes reclaman como de su propiedad, entre otras causas que aducen, por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva del dominio, dice que la ley sustantiva no ha consagrado la nulidad de las particiones en los juicios mortuorios por inventariarse y adjudicarse bienes de terceros. Son estas incidencias de las particiones que se resuelven previamente y que ni siquiera suspenden el curso del juicio, sino sólo cuando ver-

san sobre la cantidad de bienes determinada en la ley.

Concluye el tribunal:

"Observa la Sala que existe una manifiesta incongruencia entre las varias peticiones de la demanda y el objeto mismo de ella; así no se puede explicar el tribunal cómo aspiran los demandantes que se declare a su favor la prescripción adquisitiva del dominio sobre el terreno 'Cabeza de León' cuando por una parte traen a los autos pruebas destinadas a demostrar el dominio y por la otra alegan o afirman tener la posesión material del bien durante todo el término a que se refieren los títulos como fecha de partida, siendo así que si tienen el dominio y tienen la posesión material del terreno están pidiendo o quieren adquirir lo que ya tienen".

"Estima la Sala que los demandantes incurrieron en un error de técnica procesal, error más manifiesto aún en el derecho que alegan si como ellos dicen a la señora Valentina Coronado se le adjudicó un bien que no era del causante, bien que ellos están poseyendo en la actualidad; es a esta hededera a quien asistiría en caso de que así lo estimara hacer valer en la correspondiente acción el derecho que se le disputa y que dice haberlo obtenido en el juicio de sucesión de que se trata";

"Sólo en esa ocasión podría la justicia declarar en cabeza de quién, si de la heredera o de los demandantes en esta litis, está fijado el derecho de dominio sobre el terreno 'Cabeza de León' ".

El recurso de casación

Se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y al efecto se formula el cargo de violación de varias disposiciones del Código Civil.

Con ánimo de fundarlo, empieza el recurrente por reconocer que la acción tiende fundamentalmente a obtener la declaración de nulidad de la partición y adjudicación de bienes en la mortuoria de Antonia Ruiz de Coronado en cuanto favorecen a su hija Valentina Coronado por haberle adjudicado derechos proindivisos en el terreno denominado Cabeza de León, de propiedad de Gabriel Coronado. Agrega que si es cierto que no existe ningúna disposición expresa que consagre la nulidad de las particiones por inventariarse y adjudicarse bienes ajenos, también lo es que los artículos 1508 y 1510 del Código Civil erigen en vicio del consentimiento el error; de manera que al dejar el sentenciador de anular la partición violó por interpretación errónea el artículo 1405 ibídem, y por falta de aplicación los citados artículos 1508 y 1510.

Examina en seguida la manera como Gabriel Coronado adquirió por ocupación y prescripción el terreno Cabeza de León y hace alusión a las pruebas que para comprobar esa adquisición trajo al juicio la parte actora, como escrituras y varias declaraciones de testigos, las cuales el tribunal dejó de examinar, con manifiesta violación del artículo 697 del Código Judicial, lo que lo llevó a infringir también, por falta de aplicación, los artículos 2512, 2513, 2518, 2521, 2528, y 2529 del Código Civil; además de los artículos 780 en cuanto desconoció la posesión comprobada de Gabriel Coronado y todos sus sucesores hasta el día en que los demandantes instauraron el juicio, y 1826 y 1508, ibídem, en cuanto si Gabriel Coronado no sacó oportunamente de la masa de bienes inventariados en la sucesión de Antonia Ruiz de Coronado el terreno Cabeza de León fue por ignorancia, ignorancia qne no puede conducir a la pérdida de los derechos que los demandantes tienen en aquel terreno.

Examen de los cargos

La demanda inicial del pleito plantea la acción de nulidad de la partición de los bienes de la sucesión de Antonia Ruiz de Coronado, y por ende de la adjudicación hecha a la heredera Valentina Coronado, demandada, por razón de que el terreno denominado Cabeza de León, en que se le adjudicó a Valentina un derecho de cinco décimas partes, no pertenecía a esa sucesión, sino a los demandantes. En confirmación de esta idea, que surge nítida de las mismas peticiones de dicha demanda y de la relación de hechos que ella contiene, en los cuales detállase la manera como los demandantes han venido a ser dueños del terreno, a partir del antiguo propietario Gabriel Coronado, la demanda de casación está edificada sobre igual concepto.

Para poner de presente lo descaminado de la acción ejercitada, y por ende de la demanda de casación, bastan breves consideraciones que amplíen las expuestas por el tribunal.

Los demandantes no fueron partícipes en el juicio de sucesión de Antonia Ruiz. Según las dos hijuelas presentadas con la demanda, se adjudicaron a Valentina Coronado y al cónyuge sobreviviente Gabriel Coronado, cuotas partes en el te-

reno Cabeza de León, inventariado en el juicio.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 1405 del Código Civil las particiones se anulan o se rescinden como los contratos. Pero es claro que esta acción de nulidad o rescisión corresponde exclusivamente a los partícipes, que son los que tienen interés en alegarla; no a terceros para quienes la partición es **res inter allios.** Del contexto del mismo artículo 1405, inciso 2º, y de las disposiciones siguientes, 1406, 1407, 1408, 1409 y 1410, se infiere, sin ningún esfuerzo, la teoría indicada, ya que la rescisión por causa de lesión se da al **partícipe** que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota; corresponde a los otros **partícipes** detener la acción rescisoria, ofreciendo y asegurando el suplemento al perjudicado; pierde la acción de nulidad o rescisión el **partícipe** que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo las excepciones expresamente legisladas; la prescripción de la acción de nulidad o rescisión está erigida entre **partícipes**; y por último, el **partícipe** que no intente la acción de nulidad o rescisión, no por eso pierde los otros recursos que posea para ser indemnizado.

Ni aun los acreedores tienen la acción de nulidad de la partición, cuando se pretermite la observancia de las prevenciones legales destinadas a facilitar por la herencia el pago de sus acreencias, según lo reconoció la Corte, de acuerdo con la siguiente doctrina: "La omisión de los actos y diligencias prevenidas en los artículos 1341, 1342 y 1393 del Código Civil no da acción a los acreedores hereditarios para pedir la nulidad o rescisión de los actos judiciales de partición de que tratá el artículo 1405 del citado código; este artículo no se refiere sino a los herederos, según se deduce del título que trata de la partición". (Jurisprudencia de la Corte, tomo I, número 2637).

Por otro aspecto, el reparto de bienes que no pertenecen a la herencia, tampoco es motivo de nulidad de la partición entre los herederos. Mucho menos lo será con relación a terceros. Así se infiere del artículo 1388 del Código Civil, según el cual los reclamos de propiedad, sobre objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo no retardan la partición, y tan sólo dan derecho a suspender ésta, "si el juez, a petición de los **asignatarios** a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así".

Refiriéndose a este artículo y al mismo problema que ahora se contempla esta Sala dijo en otra ocasión: "Si la inclusión indebida de bienes ajenos en los inventarios no suspende la partición cuando no afecta una parte considerable de la masa partible, es decir, cuando no se encuentran en la situación que contempla el inciso segundo del artículo 1388 del Código Civil, es lógico deducir que la partición no se invalida por ese motivo, y si no se invalida por ello, es porque la ley, de hecho, reconoce que ella no queda viciada de nulidad ni absoluta ni relativa". (Jurisprudencia de la Corte, tomo II, volumen 2º, número 1784).

Lo expuesto funda satisfactoriamente en el parecer de la Sala el rechazo de los cargos de casación formulados.

Sentencia

Por lo relacionado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no casa la sentencia del tribunal de Barranquilla materia del presente recurso.

No hay costas que tasar a favor de la parte opositora, y por eso no se hace la condenación correspondiente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCIONES DE TERMINACION DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y DE RESTITUCION

1.—El arrendamiento, como contrato bilateral que es, está sometido al sistema jurídico del artículo 1546 del C. C. que establece la condición resolutoria tácita para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; lo que acontece es que generalmente no procede en el arrendamiento la acción resolutoria propiamente dicha, que tiende a dejar sin efecto el contrato, restableciendo las cosas al estado anterior como si no se hubiera celebrado, sino que apenas produce efectos sobre el futuro, debido a la naturaleza especial que le corresponde como contrato de ejecución sucesiva que hace imposible los efectos resolutorios sobre los períodos de goce ya transcurridos. Dentro del arrendamiento la resolución asume la forma, el nombre y las consecuencias de la terminación, y así, en los diversos artículos en que habla el código del incumplimiento de las obligaciones del arrendador establece el derecho del arrendatario para pedir la terminación del arrendamiento (artículos 1986, 1988 y 1990 del C. C.), del propio modo que consagra el derecho del arrendador para pedir la terminación del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones que corresponden al arrendatario (artículos 1996, 1997, ibid.).

2.—No son incompatibles las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y la de reivindicación de la cosa arrendada. Bien sabido es, en efecto, que cuando el arrendatario se niega a cumplir su obligación esencial de restituír la cosa que ha recibido en arrendamiento, el arrendador tiene, para demandar su cumplimiento, dos acciones: la acción personal nacida del contrato de arrendamiento, si el arrendatario se empeña en seguirla teniendo, o la terminación con su consecuencial de devolución, en los casos que la ley autoriza; y la acción real de dominio, en los casos en que la negativa del arrendatario a cumplir su obligación restitutoria se funde en el desconocimiento del contrato y su mera tenencia y en la oposición de pretensiones de poseedor y dueño. Ambas acciones se enderezan al mismo fin de tutelar el derecho del arrendador y su ejercicio se condiciona con la actitud del arrendatario respecto del contrato. Es cierto que la diversidad de fundamentos en que tiene que apoyarse su ejercicio hace imposible que se propongan simultáneamente y como principales en la misma demanda; pero no siendo incompatibles entre sí y pudiendo sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial, no hay razón legal ninguna que impida que se proponga la acción de dominio como condicional o subsidiaria, esto es, para el caso de que no prospere la principal. Así está autorizada la acumulación de acciones en una misma demanda en el numeral 3º del artículo 209 del C. J.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado promiscuo del Circuito de Melgar, por medio de apoderado y en libelo de fecha 23 de julio de 1941, Carlos José y Jorge Pabón Pinzón, como dueños en común de la finca San José, parte de la antigua hacienda de Guatimbol, en jurisdicción de Icononzo, demandaron en acción ordinaria a Jesús Castellanos para que se declare terminado el contrato de arrendamiento celebrado por los actores con el demandado sobre dos lotes comprendidos dentro de su finca, alinderados especialmente en la demanda, por haber el arrendatario usado de la cosa fuera de los términos del contrato y haber formado parte de la agrupación constituída por algunos individuos con la finalidad de usurparles el dominio territorial, y que, en consecuencia, se le condene a restituír los lotes arrendados, a pagar las rentas debidas desde el 1º de enero de 1930 hasta la fecha de la restitución, y a indemnizarles los perjuicios causados por el uso desviado y el desconocimiento de su propiedad, perjuicios que estiman en la suma de $ 700.

Subsidiariamente se pide que se declare que el demandado como poseedor de mala fe, está obligado a restituír a los actores, en su condición de dueños, los lotes preindicados, con sus frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos sino los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado desde el 1º de enero de 1930 hasta el día de la restitución, y a pagarles, como indemnización por los deterioros causados en los

ptes, la suma de $ 700 o la que pericialmente se je, y, finalmente, que se declare que el demandado no tiene derecho alguno a indemnización por concepto de mejoras de ninguna especie.

Los hechos fundamentales de la acción, sintetizados, son: que la finca San José, propiedad comunal de los actores, hace parte de la hacienda de Guatimbol, que ha venido siendo de propiedad privada de los demandantes y sus antecesores desde muy remota fecha; que el demandado Jesús Castellanos, reconociendo el dominio particular de los actores sobre las tierras de Guatimbol, entró a ocupar los lotes alinderados en la demanda, a título de arrendatario en el año de 1929, pagando el precio de su goce, que se estipuló que era para cultivos transitorios y no plantaciones permanentes; que hasta fines del año precitado, el arrendatario Castellanos, pagó con alguna puntualidad el precio del arrendamiento, y que a partir de comienzos de 1930, ingresó Castellanos en una asociación formada por Julio Bernal con el propósito de desconocer la propiedad privada de los Pabón sobre las tierras de Guatimbol, suspendiendo el cumplimiento de sus obligaciones de arrendatario, y afirmando que se trataba de terrenos baldíos de la Nación asumió actitud de poseedor y procedió a ensanchar sus parcelas y a talar bosques que la hacienda tenía como reserva de maderas finas y para conservación de las vertientes de agua.

Surtido el traslado legal de la demanda, Castellanos no la contestó, pero en su alegato de bien probado de primera instancia, alegó como excepciones perentorias la prescripción adquisitiva general y la especial que establece el artículo 12 de la ley 200 de 1936 y su Decreto reglamentario y la "acumulación indebida de acciones". Agotada la actuación del grado, el Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva del 24 de noviembre de 1942, declaró "probada la excepción perentoria de acumulación indebida de acciones o ineptitud sustantiva de la demanda" y consecuencialmente absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, con costas a cargo del actor.

Sentencia acusada

Dio lugar a la segunda instancia del juicio la apelación que oportunamente interpuso contra el fallo del Juzgado la parte demandante, la que finalizó con la sentencia de 12 de junio de 1944, en la cual se revocó la recurrida y en su lugar se declararon improbadas las excepciones perentorias propuestas y se condenó al demandado Castellanos a restituír a los actores, como dueños, los lotes determinados en el libelo con sus frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda, y dejando a salvo a las partes el derecho de obtener las prestaciones mutuas por concepto de deterioros, expensas y mejoras al tenor del Cap. 4º, título 12, libro 2º del C. C. Sin costas en ninguna de las instancias.

En la exposición de motivos de esta decisión, que se aparta fundamentalmente de la sentencia del Juzgado, rechaza el Tribunal en primer término la pretendida excepción por acumulación ilegal de acciones por estimar que las peticiones principales del libelo, plantean la acción resolutoria del artículo 1546 del C. C. con la denominación y peculiaridades que esta acción resolutoria asume de acuerdo con la ley y en virtud de la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, y que esta petición, que da lugar procesalmente al juicio ordinario, puede coexistir en la misma demanda con la acción reivindicatoria que se ejercita subsidiariamente y se ventila por los mismos trámites procedimentales. Hace luego la sentencia un dilatado y minucioso análisis de la abundante prueba traída por las partes al debate, y sobre el mérito de estos elementos demostrativos deduce como conclusiones esenciales que los actores Pabón, como se ve de una titularidad que se remonta a un pasado muy lejano, son dueños del predio denominado San José, parte de la antigua hacienda de Guatimbol, y que dentro de él, singularmente identificados, están los lotes o parcelas que determina la demanda como poseídos por el demandado Jesús Castellanos; que éste entró al goce de esos inmuebles en virtud de contrato de arrendamiento ajustado con los demandantes, contrato éste que está plenamente establecido que se celebró el 2 de febrero de 1934 por el término de dos años, a cuyo vencimiento no fue expresa ni tácitamente renovado por los contratantes. De esto deduce la sentencia que habiendo expirado desde entonces el contrato de arrendamiento, no proceden las súplicas principales del libelo que plantean su terminación.

Descartada así la acción de terminación del arrendamiento, entra el Tribunal a considerar la acción subsidiaria de reivindicación, fundada en la actitud detentadora asumida por el demandado Castellanos, quien a partir del 1º de enero de 1936 en que terminó legalmente su arrendamiento, "resolvió por sí y ante sí cambiar su título de

mero tenedor por el de poseedor material", como dice la sentencia. Y dentro de este planteamiento de la litis encuentra el sentenciador que la acción de dominio debe prosperar porque del proceso resultan fehacientemente establecidos los elementos esenciales de esta acción real, como son, la propiedad de los demandantes sobre las parcelas debidamente singularizadas cuya restitución se demanda; la posesión material del demandado sobre ellas y la identidad entre los lotes poseídos por Castellanos y los alinderados en el libelo.

En orden a la prueba del dominio, no hay fundamento, en concepto del Tribunal, para exigir a los reivindicantes ninguno de los títulos previstos en el artículo 4º de la ley 200 de 1936, porque está probatoriamente establecido que Castellanos entró al goce del inmueble a título precario, y no como colono cultivador de baldíos. Y por lo que hace a la alegada excepción de prescripción, con fundamento en el artículo 12 de la precitada ley de régimen de tierras, se declara improcedente por ausencia de los requisitos legales indispensables, pues como se constató en las inspecciones oculares que se llevaron a cabo dentro del juicio, la finca de que hacen parte las parcelas reivindicadas ha venido siendo económicamente explotada por sus dueños, y porque, como allí mismo pudo verse, el fundo de San José tiene señales inequívocas de ser propiedad particular.

El recurso

Está a la consideración de la Corte la legalidad de la sentencia que se acaba de compendiar, por recurso de casación que contra ella interpuso la parte demandada, y que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Se acusa la sentencia con apoyo en la causal primera de casación (artículo 520 del C. J.) y se formulan en la demanda dos cargos, que se enuncian y consideran separadamente.

Primer cargo. Violó el Tribunal los artículos 1546 del C. C. y 209, 333, 343, 734, 1103, 1104, 1118 del C. J., por falta de aplicación unos y por indebida aplicación los otros, al declarar infundada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda por ilegal acumulación en ella de dos acciones contrarias e incompatibles entre sí, como son las de restitución de la cosa arrendada ejercitable por el procedimiento especial del capítulo 1º, título XXXVII del libro 2º del C. J. de competencia del Juez Municipal, y la reivindicatoria de la misma cosa, de procedimiento ordinario y porque el ejercicio de estas dos acciones en el mismo libelo entraña el contrasentido de atribuir al mismo demandado las dos calidades excluyentes de mero tenedor y de poseedor. Las peticiones principales de la demanda no plantean la acción resolutoria como equivocadamente lo entendió el Tribunal, ni emplean siquiera la palabra resolución, fenómeno jurídico éste que no puede tener lugar en el contrato de arrendamiento.

Se considera:

Se revive con este cargo ante la Corte la cuestión de la legalidad con que se han acumulado las dos acciones sucesivas, principal una y accesoria la otra, que contiene la demanda, suscitada por el demandado en el primer escrito con que concurrió al juicio, usada como motivación de su sentencia por el fallador de primer grado y desechada en la sentencia del Tribunal con razones visiblemente bien fundadas en la realidad procesal y en la ley.

En términos inequívocos, como se vio al principio de esta decisión, está propuesta y ejercitada en las peticiones principales de la demanda inicial de este proceso la acción de terminación del contrato de arrendamiento alegando como fundamento de hecho el uso desviado y deteriorante del fundo y su usurpación y con apoyo en la disposición del artículo 2037, citado en el libelo, que concede al arrendador, en caso de mal uso o deterioración del predio por culpa del colono, el derecho para atajar el perjuicio exigiéndole al efecto fianza u otra seguridad competente, y para hacer cesar el arriendo en casos graves. Ni las palabras usadas en los pedimentos, ni los hechos que se exponen como fundamentales autorizan ni respaldan la afirmación de que en este caso se ha incoado principalmente por los Pabón acción especial de 'Lanzamiento de arrendatario" que reglamenta el capítulo I, del título XXXVII del libro II del C. de P. C., establecida para obtener la restitución de la cosa arrendada, para lo cual como es obvio y lo ordena el artículo 1104 de allí, es indispensable que el actor acompañe a su demanda la prueba de que el contrato de arrendamiento ha terminado por cualquiera de las causas que establece el Código Civil.

El arrendamiento, como contrato bilateral que es, está sometido al sistema jurídico del artículo 1546 del C. C. que establece la condición resolu-

oria tácita para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; lo que acontece es que generalmente no procede en el arrendamiento la acción resolutoria propiamente dicha, que tiende a dejar sin efecto el contrato, restableciendo las cosas al anterior estado, como si no se hubiera celebrado, sino que apenas produce efectos sobre el futuro, debido a la naturaleza especial que le corresponde como contrato de ejecución sucesiva que hace imposible los efectos resolutorios sobre los períodos de goce ya transcurridos. Dentro del arrendamiento la resolución asume la forma, el nombre y las consecuencias de la terminación, y así, en los diversos artículos en que el código habla del incumplimiento de las obligaciones del arrendador establece el derecho del arrendatario para pedir la terminación del arrendamiento (artículos 1986, 1988 y 1990 del C. C.), del propio modo que consagra el derecho del arrendador para pedir la terminación del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones que corresponden al arrendatario (artículos 1996, 1997, ibídem).

Está bien, por lo predicho, que el Tribunal entendiera que la acción principal intentada en este caso es la resolutoria, dentro de la forma y denominación especiales que corresponden al arrendamiento. El uso del vocablo resolución, cuya ausencia en el libelo se aduce como argumento por el recurrente, habría sido una impropiedad en el empleo de los términos jurídicos.

Por lo que hace al fenómeno acumulativo de esta acción de terminación del arrendamiento y sus consecuenciales como petición principal, y la de reivindicación de la cosa arrendada, como subsidiaria, tampoco encuentra la Sala ninguna ilegalidad en la solución que consideró como ajustada esta acumulación a la técnica procesal. Bien sabido es, en efecto, que cuando el arrendatario se niega a cumplir su obligación esencial de restituír la cosa que ha recibido en arrendamiento, el arrendador tiene, para demandar su cumplimiento, dos acciones: la acción personal nacida del contrato de arrendamiento, si el arrendatario se empeña en seguirla teniendo, o la terminación con su consecuencial devolución, en los casos que la ley autoriza; y la acción real de dominio, en los casos en que la negativa del arrendatario a cumplir su obligación restitutoria se funde en el desconocimiento del contrato y su mera tenencia y en la oposición de pretensiones de poseedor y dueño. Ambas acciones se enderezan al mismo fin de tutelar el derecho del arrendador y su ejercicio se condiciona con la actitud del arrendatario respecto del contrato. Es cierto que la diversidad de fundamentos en que tiene que apoyarse su ejercicio hace imposible que se propongan simultáneamente y como principales en la misma demanda; pero no siendo incompatibles entre sí y pudiendo sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial, no hay razón legal ninguna que impida que se proponga la acción de dominio como condicional o subsidiaria, esto es, para el caso de que no prospere la principal como ha sucedido en este caso. Así está autorizada la acumulación de acciones en una misma demanda en el numeral 3º del artículo 209 del C. J.

Lo expuesto es bastante para desechar el primer cargo, que quizá hubiera sido menos improcedente formulado con base en errónea interpretación de la demanda y no por directa violación de la ley.

Segundo cargo. Violación de los disposiciones contenidas en los artículos 777, 780, 786, 791, 946 y 952 del C. C., 4 y 12 de la ley 200 de 1936 y 343 y 697 del C. J. en que incurrió el Tribunal de manera directa al abstenerse de reconocer y declarar la excepción perentoria de prescripción especial de cinco años que establece la ley 200 de 1936, porque lo que en la sentencia se califica como contrato de arrendamiento de los demandantes al demandado Castellanos fue sólo una promesa, pues apenas se formalizaron las bases de un arreglo para incorporarlas en el contrato de arrendamiento que debía luego otorgarse por escrito, y porque con las declaraciones contextes de Ismael Escobar, Patricio Rodríguez, José Antonio Pedraza, Isidro Vargas Caro, Marco Aurelio Vargas, Isaías Alvarado, Agripina Padua y otros ha probado el demandado que desde 1931 entró a ocupar las parcelas a que se refiere la demanda como terrenos absolutamente incultos y baldíos, sin reconocer dominio distinto del de la Nación colombiana.

'Por todo lo dicho —escribe el recurrente— el demandado tiene que seguir siendo considerado como verdadero poseedor de las parcelas, y no se le ha vencido con título eficiente de los exigidos expresamente para estos casos por el artículo 4º de la ley citada de tierras. Luego procede el reconocimiento y declaración de la excepción de prescripción adquisitiva en favor del demandado, al tenor del artículo 12 de la expresada ley, que

se invocó oportunamente y que está acreditada con las pruebas ya relacionadas".

Se considera:

Como se vio al hacer la síntesis fundamental de la sentencia acusada, las bases esenciales de la decisión, en lo que a este cargo se refiere, establecidas con mérito probatorio completo, consisten en que los demandantes acreditaron plenamente su dominio sobre los lotes singularizados en su demanda; que el demandante Castellanos entró al goce de ellos a título de mera tenencia, reconociendo la propiedad de los actores, por virtud del contrato de arrendamiento ajustado al efecto, y que solamente a partir del comienzo de 1936, por sí y ante sí resolvió Jesús Castellanos cambiar su condición de tenedor arrendatario y asumir la de poseedor desconociendo el dominio del arrendador y aseverando que se trataba de terrenos baldíos de propiedad del Estado.

Es con respecto a estos fundamentos concretos como hay que considerar las acusaciones de la demanda para estar dentro de la técnica legal de la casación, y en esta órbita de utilidad y de jurisdicción, lo primero que se advierte es que ninguno de los reparos del recurrente se encamina contra las conclusiones del fallo en cuanto consideró fehacientemente demostrados en el proceso los elementos esenciales de la reivindicación; demandante dueño y demandado poseedor de la cosa singular que se demanda.

El cargo que se estudia se reduce realmente al punto de la excepción prescriptiva del artículo 12 de la ley 200 de 1936, oportunamente alegada por el demandado y expresamente desechada en la sentencia, por haber estimado el Tribunal que el proceso no ofrecía en manera alguna la prueba de los requisitos y condiciones legalmente indispensables para la adquisición del dominio en el caso especialmente alegado. Para que tenga lugar, en efecto, la prescripción especial de que habla el artículo 12 citado, es necesario, entre otras cosas, que exista en el poseedor la creencia fundada de que no hay más dueño que el Estado, del lote que posee; y que el globo de terreno del cual forma parte el poseído, no esté o haya estado demarcado con cerramientos artificiales, ni existan señales inequívocas de propiedad particular, y resulta que estos requisitos están notoriamente excluídos en este caso, porque según ya se ha dicho, Castellanos no entró a las parcelas de San José como colono cultivador de baldíos sino como arrendatario de los Pabón, lo cual excluye el primer requisito de la buena fe, y porque según las inspecciones oculares verificadas dentro del juicio, el fundo de los demandantes, de que hacen parte las parcelas detentadas por el demandado, está económicamente explotado por sus dueños y muestra visibles señales de su propiedad particular. Estas conclusiones de la sentencia no han sido objeto de ataque eficaz en casación, pues habría sido necesario para rectificarlas que se hubiera acusado por error en la apreciación de las pruebas en que las fundó el sentenciador y que se hubiera demostrado el error aducido. Se afirma simplemente que la sentencia dejó de tener en cuenta los testimonios atrás citados, que prueban la posesión del demandado, pero se deja en pie la afirmación de que se trata de un fundo de inequívoca propiedad particular sobre el cual Castellanos reconoció el dominio de los actores. Si el recurrente se limita a decir que no fue contrato de arrendamiento sino sólo una promesa de celebrarlo lo convenido entre actores y demandado, la base principal de la sentencia permanece inalterable, porque contrato o promesa de arrendamiento, siempre sirve para deducir la aceptación por parte de Castellanos de la propiedad de los actores.

Los razonamientos que anteceden sirven asimismo para desechar el cargo de violación del artículo 4º de la citada ley 200 de 1936, cuya aplicación requiere también que quien lo alegue se haya establecido, sin reconocer dominio distinto del Estado, y no a título precario, en terreno inculto al tiempo de iniciarse la ocupación.

No habiéndose, pues, demostrado ninguna de las ilegalidades que se le imputan a la sentencia acusada y no siendo más los cargos contra ella propuestos en la demanda de casación, 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 Ibagué el 12 de junio de 1944, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca— José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas— Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE REVISION CONFORME AL ARTICULO 1030 DEL CODIGO JUDICIAL. RECURSO DE REVISION.—RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS. — APRECIACION DE PRUEBAS.

La acción de revisión que consagra el art. 1030 del C. J. con respecto a las sentencias de pregón y remate y de excepciones dictadas en juicios ejecutivos es bien distinta del recurso de revisión de que habla el cap. 7º del título XIV del libro 2º del C. J. Ambas tienen en común el fin de desvirtuar la fuerza o la presunción de verdad que envuelven las sentencias judiciales, y sus diferencias más fundamentales consisten en que la primera se ventila siempre mediante los amplios trámites del juicio ordinario, en el cual gozan las partes de completa libertad de acción, sin restricción alguna en cuanto a su actividad probatoria. Esta acción prescribe de conformidad con las reglas comunes sobre la materia y versa o puede versar sobre las sentencias de que habla el artículo 1030, sea que fueren proferidas por un Juez o Tribunal dentro de la ejecución, y la competencia para conocer de ella se determina conforme a las reglas generales. En cambio, el recurso de revisión es un recurso extraordinario que no se ventila mediante los trámites del juicio ordinario, sino con sujeción a la reglamentación especial consagrada en los artículos 545, 546 y 547 del C. J. En él no gozan las partes de la amplitud probatoria de que disfrutan en aquél, pues en guarda del imperio del principio de la cosa juzgada no se aducen nuevas pruebas, sino exclusivamente las que no pudieron presentarse por estar detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; o las que se refieren a documentos que al tiempo de dictarse la sentencia no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después; o las que demuestren que los testigos cuyas declaraciones sirvieron de fundamento a la sentencia han sido condenados por falsos testimonios; o las que comprueben que la sentencia se dictó injustamente, por cohecho, violencia o fraude. Además, la competencia para conocer de este recurso extraordinario corresponde privativamente a la Corte Suprema de Justicia; se circunscribe a las sentencias definitivas dictadas por ésta o por los Tribunales Superiores y sólo puede interponerse dentro de los dos años siguientes a la publicación de ellas. De otro lado, como las sentencias definitivas dictadas en juicio ordinario conllevan la fuerza propia de la cosa juzgada, la revisión del asunto por ellas decidido es lógico que sólo puede lograrse mediante la invalidación previa de las mismas, por cualquiera de los motivos previstos en el artículo 542 del C. J., y siendo ese el fin principal del recurso, se comprende que éste no constituye una nueva acción. En cambio, como las sentencias de excepciones y la de pregón y remate dictadas en juicio ejecutivo no fundan la excepción de cosa juzgada, el asunto que en ellas fue materia de la decisión judicial puede discutirse de nuevo amplia y directamente mediante los trámites del juicio ordinario para buscar una resolución distinta, aduciendo toda clase de pruebas conducentes al fin perseguido, sin que para lograrlo sea previamente indispensable que el demandante solicite la declaración de invalidez de aquellas, porque al pedir éste que se profiera por la justicia una decisión diversa o contraria a la contenida en la sentencia de remate o de excepciones, implícitamente está demandando la ineficacia de esa sentencia.

2.—Al reconocimiento de un documento le otorga la ley (artículo 637 del C. J.) la fuerza de una confesión judicial, es decir, la fuerza de una plena prueba, sin que aquel constituya, por ello, una confesión judicial, pues había una prueba anterior, aunque incompleta, sobre la existencia de la deuda, como es el documento que la contenía. El reconocimiento presuntivo (artículo 643 del C. J.) también le da al documento la fuerza de una confesión judicial, y aunque aquél se deduce del silencio de la parte y esté muy lejos, por ello, de constituir una confesión judicial.

3.—La errónea apreciación de pruebas no es por sí motivo de casación sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley sustantiva.

4.—Las llamadas excepciones de "carencia de derecho en la acción", e "inexistencia de las obligaciones que se demandan" no pueden reputarse como hechos exceptivos, ya que éstos son todos aquellos por cuya virtud las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió y, por otro lado, el fin de todo juicio se encamina precisamente a esclarecer si al demandante le asiste el derecho que invoca o si tienen o no existencia las obligaciones que se demandan; aparte de que si como tales excepciones fue dable considerarlas, debe en ese caso estimarse que el sentenciador falló sobre ellas implícitamente

cuando ha decretado favorablemente las peticiones demandadas por el actor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, once (11) de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

Por medio del documento privado de fecha 29 de febrero de 1940, suscrito en el Cocuy, Leonidas Muñoz declaró haber recibido del señor Juan B. Pérez la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente como valor de tres mil arrobas de papas que éste le había vendido, y para entregarla en la hacienda que el vendedor tenía tomada en arrendamiento en la vereda de "La Cueva" jurisdicción del Municipio de Güicán. Consta asimismo en el texto de dicho documento, que esa entrega debía hacerse por el vendedor dentro del mes de marzo del mismo año a la persona que el señor Pérez recomendara, y que la tal venta era distinta de otras dos que se habían contratado entre las mismas partes sobre otros dos lotes de papa.

Con fundamento en ese documento, y previo el reconocimiento de su firma por parte del vendedor, quien al hacerlo afirmó que el contrato ya estaba cumplido, a solicitud del señor Pérez se libró ejecución en contra de Muñoz, en los términos en que se había solicitdo en la demanda ejecutiva. Durante el curso del juicio el ejecutado propuso la excepción de pago o solución total de la obligación demandada, fundándose en que las tres mil arrobas de papa de que habla el documento de 29 de febrero habían sido entregadas en su totalidad por Muñoz al señor José del C. Barón, recomendado de Pérez para recibirlas. Surtido el trámite del incidente el señor Juez único del Circuito de Cocuy por medio de sentencia de 23 de mayo de 1941 declaró probada la excepción propuesta por el ejecutado y ordenó cesar el juicio. Subido éste al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por virtud de recurso de apelación interpuesto por el ejecutante, dicha entidad lo decidió en providencia de 5 de diciembre del mismo año, revocando la apelada, por no aparecer probada la excepción propuesta, y ordenando llevar adelante la ejecución.

En tales circunstancias el señor Leonidas Muñoz propuso por medio de apoderado debidamente constituído, juicio ordinario de mayor cuantía en contra del señor Juan B. Pérez para que por el Juzgado del conocimiento que lo fue el del Circuito Civil de Santa Rosa de Viterbo se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que el demandante Leonidas Muñoz entregó al demandado Juan B. Pérez, por medio de las personas que éste recomendó o comisionó para el efecto, tres mil arrobas de papa por valor de dos mil pesos ($ 2.000.00), de acuerdo con el recibo o constancia que a favor del mismo señor Pérez firmó en el municipio de Cocuy con fecha veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta".

"**Segunda.**—Que el juicio ejecutivo promovido por Juan B. Pérez contra Leonidas Muñoz ante el Juzgado Civil del Circuito del Cocuy, por demanda de fecha cinco de junio de mil novecientos cuarenta, con base en la constancia de fecha veintinueve de febrero del mismo año, que se acaba de mencionar, careció de fundamento legal, porque la mencionada constancia no prestaba mérito ejecutivo y porque la obligación en ella contraída por Muñoz, de entregar tres mil arrobas de papa, estaba cumplida por él."

"**Tercera.**—Que la excepción de pago propuesta en la referida acción ejecutiva quedó establecida plenamente, en forma que ha debido declararlo así el H. Tribunal en segunda instancia como lo hizo el Juzgado del conocimiento, en primera instancia.

"**Cuarta.**—Que el demandado Juan B. Pérez debe reembolsar al demandante Leonidas Muñoz, una vez ejecutoriado el fallo que aquí recaiga, todo lo que éste fuere obligado a pagarle o entregarle como consecuencia de la acción ejecutiva que contra él promovió y se deja mencionada.

"**Quinta.**—Que igualmente debe indemnizarle los perjuicios que le ha ocasionado con la acción ejecutiva en referencia, perjuicios que se determinarán en esta acción o en actuación posterior.

"**Sexta.**—Que sea condenado al pago de costas de este juicio, en caso de oposición."

El actor después de exponer los fundamentos de hecho de la demanda, la basó en los siguientes de derecho: artículos 1494, 1515, 1524, 1527, 1613, 1625, 1627, 1634, 1645 y 2318 del C. C.; 34 de la Ley 57 de 1887 y 982 y 1030 del C. J.

Admitida que fue la acción se corrió traslado de ella al demandado, quien la contestó por medio de apoderado admitiendo algunos de sus hechos fundamentales y negando otros; considerando improcedentes las citas legales y proponiendo las excepciones perentorias de carencia de derecho en la acción e inexistencia de las obligaciones que se demandaron, petición de modo indebido y petición antes de tiempo.

Surtido el juicio por los trámites correspondientes, el señor Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia por medio de la sentencia de 27 de noviembre de 1942, cuya parte resolutiva dice así:

"**Primero.**—Declárase que el demandante Leonidas Muñoz entregó al demandado Juan B. Pérez, por medio de la persona que éste diputó para el efecto, nueve mil cincuenta arrobas de papa, imputables a la cantidad total de nueve mil quinientas arrobas, a que estaba obligado a entregar, según los contratos pactados entre los mismos, con fecha trece de enero, dos de febrero y veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta.

"**Segundo.**—Declárase que el juicio ejecutivo promovido por Juan B. Pérez contra Leonidas Muñoz ante el Juzgado Civil del Circuito de El Cocuy, por demanda de fecha cinco de junio de mil novecientos cuarenta, con base en la constancia de fecha veintinueve de febrero del mismo año, careció de fundamento legal, por las razones que se dejan expuestas en este mismo fallo.

"**Tercero.**—Declárase que la excepción de pago propuesta en la referida acción ejecutiva quedó plenamente establecida.

"**Cuarto.**—Condénase al demandado Juan B. Pérez a reembolsar a Leonidas Muñoz después de ejecutoriado este fallo, lo que éste fuere obligado a pagarle o entregarle, como consecuencia de la acción ejecutiva de que venimos hablando, teniendo en cuenta en todo caso, para las deducciones en este reembolso, la cantidad de papa que aún le falta por entregar a Muñoz, de acuerdo con la primera declaración, o sea, la cantidad de cuatrocientas cincuenta arrobas o su equivalente en dinero.

"**Quinto.**—Absuélvese al demandado de los demás cargos de la demanda.

"**Sexto.**—No se hace condenación en costas."

La sentencia acusada

Contra esa decisión interpuso recurso de apelación el apoderado del demandado y agotada la tramitación propia de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo la finalizó con su sentencia de 13 de junio del año próximo pasado, por medio de la cual decidió el recurso así:

"Refórmase el aparte primero del fallo recurrido en el sentido de declarar que el demandante Leonidas Muñoz entregó al demandado Juan B. Pérez, por medio de la persona que éste diputó para el efecto, tres mil arrobas de papa, según el contrato signado el veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta.

"Confírmanse los apartes segundo, tercero, quinto y sexto del mismo fallo.

"El aparte cuarto quedará así: Condénase al demandado Juan B. Pérez a reembolsar a Leonidas Muñoz después de ejecutoriado este fallo lo que éste fuere obligado a pagarle o entregarle como consecuencia de la acción ejecutiva de que se viene hablando.

"En esta instancia no se hace condenación en costas."

La parte vencida recurrió en casación y ya debidamente preparado el recurso se procede a decidirlo.

A la sentencia acusada le sirven de fundamento las siguientes consideraciones centrales que se sintetizan: Que es procedente de conformidad con el mandato contenido en el artículo 1030 del C. J. la revisión de lo resuelto en el juicio ejecutivo a que antes se ha hecho mención por medio de la sentencia de excepciones en él proferidas; que dados los términos como fue hecho el reconocimiento por el deudor de su firma estampada en el documento de 29 de febrero, esa declaración constituye una confesión calificada, por lo cual dicho documento no prestaba mérito ejecutivo; que además éste envuelve, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1496 y 1849 del C. C., un contrato bilateral, con obligaciones para cada una de las partes, las que por no haber sido esclarecidas y liquidadas previamente mediante el correspondiente debate judicial, determinaban la improcedencia de la acción ejecutiva, pues por ello mismo aquél no ostentaba los caracteres de exigibilidad y claridad que requiere el artículo 982 del C. J.; que al tenor de la confesión en posiciones del demandado Pérez, de la declaración de José del Carmen Barón y de las distintas cartas y comunicaciones que obran en el expediente dirigidas por aquél, a éste, Barón tenía, conforme lo dispuesto en los artículos 2149, 1638, 1639 y 1664 del C. C.,

el carácter de mandatario diputado para el pago y que en tales condiciones "la papa recibida por Barón proluce el mismo efecto que si la hubiera recibido directamente el contratante Juan B. Pérez"; que la entrega de la papa dentro del contrato materia de la demanda debía hacerse durante el mes de marzo de 1940, mes éste que constituía el término de cumplimiento de dos convenciones distintas celebradas entre las mismas partes; que las diversas partidas entregadas no hacen referencia a cuál de las dos convenciones eran imputables, y que habiendo recibido Pérez por conducto de Barón durante el mes de marzo mucho más de las tres mil arrobas de papa a que hace alusión el contrato de 23 de febrero, el deudor podía imputar el pago a la que elija de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1654 del C. C. y que habiendo sido su voluntad imputar esa entrega al contrato de 29 de febrero, ello quiere decir que el pago se verificó.

El recurso

La parte recurrente impugna la sentencia con fundamento en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. o sea por estimar que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea, y por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. En los capítulos tercero, cuarto y quinto del alegato de casación desarrolla los cargos que formula contra la sentencia y en el orden en que han venido expuestos entra la Corte a considerarlos:

Capítulo tercero—Artículo 1º

Sostiene el recurrente que el Tribunal aplicó mal al caso de este pleito el artículo 1030 del C. J., incurriendo por lo mismo en infracción directa de dicha disposición, porque considera que de acuerdo con lo que ella estatuye el actor ha debido pedir, individualizándola y especificándola, la revisión o nulidad de la sentencia de excepciones dictada en el juicio ejecutivo seguido por Pérez contra Muñoz, para luego solicitar como consecuencia de esa revisión, las demás peticiones puntualizadas en la demanda, y no impetrar, como lo hizo únicamente, la declaratoria de que había cumplido la obligación a que se refiere el contrato de 29 de febrero de 1940. En suma, entiende el actor que sólo mediante la petición previa de la revisión o nulidad de la sentencia de 5 de diciembre de 1941 era procedente entrar a estudiar y decretar las demás peticiones del libelo

La Corte considera:

La acción de revisión que consagra el artículo 1030 del C. J. con respecto a las sentencias de pregón y remate y de excepciones dictadas en juicios ejecutivos es bien distinta del recurso de revisión de que habla el capítulo 7º del Libro 2º del C. J. Ambos tienen en común la finalidad de desvirtuar la fuerza o la presunción de verdad que envuelven las sentencias judiciales, y sus diferenciaciones más fundamentales consisten en que el primero se ventila siempre mediante los amplios trámites del juicio ordinario, en el cual gozan las partes de completa libertad de acción, sin restricción alguna en cuanto a su actividad probatoria. Esta acción prescribe de conformidad con las reglas comunes sobre la materia y versa o puede versar sobre las sentencias de que habla el artículo 1030, sea que fueren proferidas por un Juez o Tribunal dentro de la ejecución y la competencia para conocer de ella se determina conforme a las reglas generales. En cambio, el recurso de revisión de que trata el Capítulo 7º del Libro 2º del C. J. es un recurso extraordinario que no se ventila mediante los trámites del juicio ordinario sino con sujeción a la reglamentación especial consagrada en los artículos 545, 546 y 547 del C. J. En él las partes no gozan de la amplitud probatoria de que disfrutan en aquel pues en guarda del imperio del principio de la cosa juzgada no se aducen nuevas pruebas sino exclusivamente las que no pudieron presentarse por estar detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; o las que se refieren a documentos que al tiempo de dictarse la sentencia no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después; o las que demuestren que los testigos cuyas declaraciones sirvieron de fundamento a la sentencia han sido condenados por falsos testimonios; o las que comprueben que la sentencia se dictó injustamente, por cohecho, violencia o fraude. Además la competencia para conocer de este recurso extraordinario corresponde privativamente a la Corte Suprema de Justicia; se circunscribe a las sentencias definitivas dictadas por ésta o por los Tribunales Superiores y

ólo puede interponerse dentro de los dos años iguientes a la publicación de ellas.

De otro lado como las sentencias definitivas dictadas en juicio ordinario conllevan la fuerza propia de la cosa juzgada, la revisión del asunto por ellas decidido es lógico que sólo puede lograrse mediante la invalidación previa de las mismas, por cualquiera de los motivos previstos en el artículo 542 del C. J. y siendo esa la finalidad principal del recurso se comprende que éste no constituye una nueva acción. En cambio, como las sentencias de excepciones y la de pregón y remate dictadas en juicio ejecutivo no fundan la excepción de cosa juzgada, el asunto que en ellas fue materia de la decisión judicial puede discutirse de nuevo amplia y directamente mediante los trámites del juicio ordinario para buscar una resolución distinta, aduciendo toda clase de pruebas conducentes al fin perseguido, sin que para lograrlo sea previamente indispensable que el demandante solicite la declaratoria de invalidez de aquellas, porque al pedir éste que se profiera por la justicia una decisión diversa o contraria a la contenida en la sentencia de remate o de excepciones, implícitamente está demandando la ineficacia de esa sentencia.

En tales circunstancias como en la providencia del 5 de diciembre de 1941 dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ejecutivo seguido por Pérez contra Muñoz se declaró no probada la excepción de pago propuesta por éste, al pedir Muñoz en el ordinario sobre que versa este recurso, que se declarara, entre otras cosas, que había entregado a Pérez, por intermedio de su recomendado, las tres mil arrobas de papa a que se refiere el documento de 29 de febrero de 1940, prácticamente está solicitando que se decrete la invalidez o la ineficacia en los efectos de aquella sentencia.

De otro lado la simple lectura del libelo está demostrando sin lugar a dudas que la ya dicha es la finalidad perseguida en el juicio ordinario y que no es otro el objetivo que se propuso el demandante al entablarlo. Por tanto afirma la Corte que lejos de existir aplicación indebida por parte del sentenciador del artículo 1030 del C. J. al caso de este pleito, encuentra que dicha disposición ha sido correctamente aplicada.

Sostiene también el recurrente que el Tribunal violó directamente los artículos 471 y 205 del C. J., porque "al aplicarlos a la demanda y a la sentencia en este juicio, se observa que no fueron aplicados, sino violados flagrantemente, porque lo que se demandó no aparece apoyado", en el artículo 1030 del C. J. Se observa en primer lugar que el recurrente señala como violadas disposiciones legales adjetivas, cuyo quebranto, de existir, no puede remediarse en casación, pues ésta procede cuando se trata de violación de ley sustantiva. Empero el cargo precedente propuesto como ha sido con base en la causal primera resulta también mal formulado porque él sólo tendría cabida dentro de la causal segunda, que permite acusar la sentencia cuando no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. En cuanto a lo que el mismo cargo puede hacer referencia a que la demanda no estuviera ajustada a las normas del artículo 205 del C. J. ello entrañaría la alegación de una excepción dilatoria cuyo estudio no es pertinente en casación. Y si además de lo que acaba de decirse se considera que la acción en sus fundamentos de hecho y de derecho no adolece de falta de claridad o de omisiones, y si por lo que arriba se dijo la demanda y la sentencia se conforman con el precepto del artículo 1030 del C. J., se comprende que el cargo formulado carece de todo fundamento.

Afirma también el recurrente que el Tribunal al decretar favorablemente el pedimento contenido en el **punto cuarto** violó los artículos 217 y 343 del C. J., porque dice que si Muñoz "no ha sido obligado a pagar, si no ha entregado nada a Pérez, mal puede pretender que se obligue a éste a devolverle lo que no ha recibido" lo cual a juicio del recurrente constituye una excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido, o inepta demanda que ha debido declararse de oficio en la sentencia, aun sin contar de que había sido alegada.

No encuentra la Corte justificado el anterior reparo del recurrente, porque si en el juicio ejecutivo se condenó finalmente a Muñoz al pago de la obligación que por esa vía se le exigía, siendo posible que en virtud de esa condena haya sido o esté siendo compelido a cumplirla, y si en la sentencia acusada se declaró improcedente la acción ejecutiva y por añadidura probado plenamente el pago de aquella misma obligación: es evidente que como consecuencia de esa declaración viene a quedar práctica y legalmente sin efectos la ejecución y la sentencia de excepciones en ella proferida, y en esas condiciones es de estricta justicia que Pérez sea condenado en

abstracto a reembolsar a Muñoz todo lo que éste hubiere sido obligado a entregar o pagar con causa de esa misma ejecución. Como la condena se formula en abstracto y es condicional, si Muñoz nada ha pagado a Pérez, éste tampoco tiene nada que reembolsar; pero si ha ocurrido lo contrario, se ha hecho un pago que por lo decidido en este proceso ha resultado indebido, y en tal caso Muñoz tiene un claro derecho a que se le haga el correspondiente reembolso. De consiguiente, es indudable que en el caso aquí confrontado, no tiene existencia la excepción perentoria alegada, y que el sentenciador no ha quebrantado, por ello, el precepto del artículo 343 del C. J., aún en el supuesto de que esta disposición diera lugar por sí sola al recurso de casación, sin cita de las disposiciones sustantivas quebrantadas por ese motivo.

Por todo lo expuesto se rechazan los cargos formulados en el artículo 1º del Capítulo 3º de la demanda de casación.

Artículo 2º

Sostiene el recurrente que el sentenciador violó clara y directamente el artículo 2488 del C. C. en relación con el 982 del C. J. al considerar el documento central del debate judicial como una confesión calificada y que al estimarlo así quebrantó igualmente los artículos 606 y 609 ibidem, por aplicación indebida e interpretación errónea al caso de este pleito, "porque consideró que el pago —que es una verdadera excepción— no debe demostrarse por el que lo alega".

La Corte considera:

Es cierto que el Tribunal afirmó que el documento de 29 de febrero de 1940, al ser reconocido por Muñoz, encarnaba una verdadera confesión judicial conforme a lo prescrito en el artículo 604 del C. J. y que por haber agregado Muñoz al tiempo del reconocimiento que la obligación estaba satisfecha en su totalidad, esa confesión tiene el carácter de calificada y que en semejante circunstancia dicho documento no constituía por sí solo una prueba de las obligaciones a cargo de Muñoz; pero de que tal cosa hubiera afirmado no se desprende que el sentenciador haya violado el artículo 2488 del C. C., que consagra el derecho del acreedor personal para perseguir el cumplimiento de la obligación sobre los bienes raíces o muebles del deudor, pues el Tribunal en ningún momento expresado en el pasaje acusado de la sentencia un concepto contrario al derecho consagrado en el citado texto legal.

En cuanto a lo que resta del cargo que se considera, la Corte encuentra conveniente rectificar, por vía de doctrina, pues por lo que en seguida se dirá la ocurrencia no incide sobre la sentencia, el concepto antes transcrito que el sentenciador consignó sobre el documento y el consiguiente reconocimiento que de él hizo el deudor, pues no se ajusta a la forma como la ley configura la confesión, estimar que un documento reconocido la constituye o entraña, ya que ésta consiste precisamente en la manifestación que por una parte se hace de ser cierto un hecho afirmado por la otra, que le acarrea consecuencias jurídicas perjudiciales, y sobre cuya existencia no hay prueba anterior. Al reconocimiento de un documento le otorga la ley (artículo 637 del C. J.) la fuerza de una confesión judicial, es decir, la fuerza de una plena prueba, sin que aquel constituya, por ello, una confesión judicial, pues había una prueba anterior, aunque incompleta, sobre la existencia de la deuda, como es el documento que la contenía. El reconocimiento presuntivo (artículo 643 del C. J.) también le dá al documento la fuerza de una confesión judicial, y aunque aquél se deduce del silencio de la parte y esté muy lejos, por ello, de constituir una confesión judicial.

A este respecto ha dicho Lessona: "la confesión se distingue del acto de reconocimiento, pues aunque una y otro prueban una obligación, la confesión crea una prueba que ni antes ni fuera de ella existía, y el acto de reconocimiento renueva una prueba pre-existente de la obligación (artículos 1340, 1563 y 2136, del C. C.) Esta diferencia no se ha ocultado a algunos escritores. Pothier dijo ya que no era confesión la declaración de una obligación, hecha a título de reconocimiento; y Giorgi define muy atinadamente el acto de reconocimiento, diciendo que es aquel que contiene el reconocimiento, voluntario u obligado, de un título primordial". (Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, pág. 395).

Entonces, si al documento reconocido le otorga la ley la fuerza de plena prueba, el sentenciador debió dársela en esa forma al de 29 de febrero, dejando a cargo del deudor la obligación de probar el hecho que alegaba sobre cumplimiento del contrato. Queda, por tanto, rectificada en los anteriores términos la apreciación del juzgador de segunda instancia que se deja comentada.

De otro lado el sentenciador descalificó también el referido documento como título ejecutivo al sostener que envuelve —como ya se anotó arriba al exponer los fundamentos de la sentencia— un contrato bilateral con obligaciones para cada una de las partes, que por no haber sido esclarecidas y liquidadas previamente mediante el correspondiente debate judicial, determinaban la improcedencia de la acción ejecutiva, pues por ello mismo aquél no ostenta los caracteres de exigibilidad y claridad que requiere el artículo 982 del C. J. Estos conceptos del Tribunal no han sido atacados en casación, por lo cual de haber prosperado el cargo primeramente anotado habría necesidad de mantener en firme la misma conclusión a que llegó el Tribunal fundándose en las razones legales que acaban de exponerse, las que por sí solas son suficientes soportes del fallo por el extremo contemplado.

Por tanto se rechaza el cargo.

Artículo 3º

Afirma el recurrente que el Tribunal violó los artículos 2149, 1638, 1639 y 1634 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito, al estimar que José del Carmen Barón era mandatario y estaba diputado por Juan B. Pérez para recibir la papa de manos de Muñoz y remitírsela a Duitama, expidiendo los recibos correspondientes, pues considera el recurrente que "Barón era, como lo dice el Código de Comercio, un comisionista de transportes que en su propio nombre, pero por cuenta ajena, trata con el porteador la conducción de mercancía de un lugar a otro, (artículo 425 del C. de C.)". Y que como tal comisionista "respondía al mismo tiempo a favor del remitente Muñoz y del consignatario Pérez (artículo 433 del C. de C.)".

La Corte considera:

Al dilucidarse en la sentencia recurrida la condición jurídica con que Barón obraba al recibir de Muñoz la papa que éste enviaba a Pérez, estimó el sentenciador que, de la confesión en posiciones de Juan B. Pérez, de las declaraciones de Barón y de las diversas comunicaciones o cartas dirigidas por Pérez a Barón —pruebas todas éstas que obran en el expediente— se constataba que Barón no era un simple recomendado, sino un verdadero mandatario de Pérez cuyos actos ejecutados como tal mandatario lo obligaban y lo hacían responsable como si los hubiera ejecutado por sí mismo y que en esas condiciones debía reputarse a la luz de lo estatuído en el artículo 1634 del C. C. que toda entrega de papa hecha por Muñoz a Barón estaba rodeada de validez legal, resultando lo mismo que si la hubiera entregado directamente al propio comprador Pérez.

Como se ve, fue al través del estudio y estimación de las mencionadas pruebas como el Tribunal llegó a la conclusión de que Barón tenía la condición de mandatario de Pérez para el recibo de la papa que debía entregar Muñoz y por consiguiente ello imponía al recurrente el deber de atacar la sentencia por error de hecho en la apreciación de tales pruebas, para deducir de allí la consiguiente violación de la ley sustantiva, y no limitarse como lo ha hecho a acusar la sentencia por violación directa de la ley, lo cual determina la ineficacia del cargo tal como ha sido propuesto. "Cuando ha habido comparación y apreciación de pruebas por el Tribunal sentenciador —ha dicho la Corte— y como resultado de esa estimación llega a una conclusión que el recurrente considera errónea, su acusación debe ser la de error evidente en la apreciación de las pruebas, y no la directa..." (Casación, XLI, Número 1892, diciembre 12 de 1932, 83, 1ª)

Empero estudiando, para mayor abundamiento, la conclusión a que llegó el Tribunal a la luz de las probanzas traídas al juicio, estima la Corte que lejos de estar ella equivocada se encuentra ajustada en un todo a la realidad procesal. En efecto, en las dos diligencias de absolución de posiciones pedidas a Pérez (fs. 88, 120 y 121 del cuaderno Nº 2), éste confiesa inequívocamente que recomendó a Barón para que recibiera de Muñoz la papa y se la enviara a Duitama, como así puede verse en la respuesta que dio, entre otras, a la pregunta primera de las posiciones absueltas a petición de Muñoz ante el Juez Municipal de Duitama el veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, cuando textualmente dijo: "Barón únicamente me representó para los despachos de papa a esta población (Duitama) y pago de fletes, así como para recibirla de Muñoz y entregarla a los fleteros". Y este mismo encargo dado por Pérez a Barón encuentra su confirmación en las varias cartas dirigidas por el primero al segundo, que obran en el proceso y cuyas firmas fueron reconocidas por aquél, como así puede verse especialmente en las que obran a los folios 102, 104, 105, 108, 111 y 115 del citado cuaderno de pruebas número 2. Y como además, al tenor de lo

dispuesto en el artículo 2149 del Código Civil, el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, cabe concluir que no exigiendo la ley prueba especial para justificar dicho encargo, las tomadas en cuenta por el Tribunal son eficaces para establecerlo y resultando como se ha dicho que de las mismas surge la condición de mandatario de Pérez con que obraba Barón al recibir la papa de Muñoz, la conclusión que al respecto dedujo el Tribunal es incontrovertible.

Por consiguiente si permanece en pie el concepto del sentenciador al afirmar que Barón tenía el encargo de recibir la papa de Muñoz, por autorización expresa de Pérez, no ha podido darse la violación del artículo 1634 del Código Civil de que se acusa la sentencia cuando estimó válido el pago hecho por el segundo al tercero de los nombrados, porque precisamente ese texto legal prescribe en forma expresa que para que el pago sea válido debe hacerse entre otros, "a la persona diputada por el acreedor para el cobro"; y tampoco se ha incurrido en la sentencia, por las mismas razones que acaban de exponerse, en el quebranto de los artículos 1638 y 1639 del Código Civil.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

En este mismo capítulo de la demanda de casación afirma el recurrente que el Tribunal infringió el artículo 1654 del Código Civil cuando aceptó que el deudor Muñoz podía imputar el pago a la deuda del contrato de veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta, con preferencia a las contenidas en los de trece de enero y dos de febrero del mismo año, pues considera que "si el contrato de dos de febrero se vencía el tres de abril y el de veintinueve de febrero el último día de marzo, es evidente que Muñoz no podía imputar el pago parcial que hacía a la deuda de veintinueve de febrero, porque cuando se le cobró ejecutivamente la obligación, ésta había vencido primero, y así sin el consentimiento del acreedor no podía hacer la imputación a una de ellas. (Artículo 1655 C. C.)".

Se considera:

Consta de autos que entre los señores Juan B. Pérez y Leonidas Muñoz se celebraron en el año de 1940 tres contratos sobre compra-venta de papa a saber: el primero, con fecha trece de enero, por la cantidad de mil quinientas arrobas que debían ser entregadas así: la mitad, el 19 del mes citado y el resto, el 16 de febrero siguiente; el segundo, en dos de febrero del citado año, por quinientas cargas de papa cuya entrega debía hacerse en el término de sesenta días a partir de la nombrada fecha, y el tercero, de veintinueve de febrero, por la cantidad de tres mil arrobas de papa, las que debían entregarse "dentro del entrante mes de marzo del presente año". De consiguiente el mes de marzo de mil novecientos cuarenta constituía, como lo observa el sentenciador, el término de cumplimiento de dos convenciones distintas, las de dos y veintinueve de febrero citadas. aún cuando tal término se extendía, para la primera, hasta el dos de abril; pero especialmente, agrega la Corte, ese mes de marzo era el expresamente convenido por las partes para verificar la entrega de la cantidad de papa a que se refiere el contrato de veintinueve de febrero mencionado, siendo por ello todo el mes de marzo tiempo legalmente hábil para que el deudor Muñoz cumpliera la obligación de entregar las cantidades de papa convenidas.

En esas condiciones y como al tenor de lo dispuesto en el artículo 1654 del Código Civil el deudor puede imputar el pago a la deuda que elija, sin que para ello sea necesario el consentimiento del acreedor, pues éste sólo se requiere, conforme a lo dispuesto en la citada disposición, cuando se trata de preferir la deuda no devengada a la que lo está, —evento este que por lo ya expuesto no se contempla en el caso de autos— es claro que habiendo sido, como lo anota el Tribunal, la voluntad de Muñoz imputar el pago al contrato de veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta, con preferencia al de dos de febrero, la aplicación que el sentenciador hizo de la disposición en cita del caso de autos acogiendo esa imputación es a todas luces procedente. Y si se considera que éste estimó como "un hecho rotundo dentro del expediente que Juan B. Pérez recibió durante el mes de marzo de mil novecientos cuarenta mucho más de las tres mil arrobas de papa a que hace alusión en el contrato de veintinueve de febrero tántas veces citado" y que tal concepto del sentenciador no ha sido acusado en casación, se pone de manifiesto que por el extremo contemplado no existe el quebranto de la ley sustantiva invocado por el recurrente.

Se rechaza, pues, el cargo en referencia.

Capítulo IV

En este capítulo el recurrente acusa el fallo citado por haber incurrido el Tribunal en apreciación errónea de las pruebas presentadas por parte de Muñoz en el juicio, lo que en su sentir le hizo cometer manifiesto error de derecho. En el desarrollo de ese cargo agrega que el Tribunal "apreció como plena prueba los recibos, cuentas, papeles y declaraciones presentadas por Barón en el juicio demostrativo de la carta de pago otorgada válidamente a nombre de Pérez y a favor de Muñoz, los cuales carecen de todo valor, porque no fueron expedidos por la persona disputada válidamente para recibir y porque los mismos son obra de un tercero extraño al negocio, los cuales por otra parte carecen de todo valor probatorio (artículo 652 del C. J.) aun en las relaciones de Barón con Pérez y Muñoz, como comisionista de transporte que fue para encaminar la papa a su destino". Igualmente añade el recurrente que el Tribunal "incurrió en error de derecho, por mala apreciación de las pruebas, al aceptar como tales cuentas relativas a otro negocio celebrado entre las mismas partes, que el acreedor daba por cumplido o sobre el cual no hacía manifestación de ninguna clase".

La Corte considera:

Como se ve por la síntesis que acaba de hacerse del cargo, el recurrente acusa la sentencia por mala apreciación de las pruebas a que se ha referido, sin citar las disposiciones sustantivas que hubieran sido quebrantadas por dicho motivo, por lo cual se comprende que el cargo ha sido mal formulado, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí motivo de casación sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley sustantiva.

"La casación requiere, —como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones— cuando se invoca el motivo primero del citado artículo 520 del Código Judicial que la sentencia recurrida sea violatoria de la ley sustantiva; mejor dicho, la causal establecida allí por el legislador es la violación de ley de esta precisa calidad; y si se atiende expresamente al evento de que a tal violación se llegue por la senda de una apreciación de pruebas, no por eso deja de ser la violación de la ley sustantiva el motivo preciso de casación de ese numeral 1º el cual, por otra parte no se olvida de que hay otros caminos por los cuales puede llegarse a esa violación la que, por uno u otro de todos ellos, ha de ser, repítese, de ley sustantiva.

"Una demanda de casación limitada a acusar por dicho error aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente que es, al tenor clarísimo de ese numeral 1º, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que aún demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así, en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo la que con esa demostración apenas se ha abierto.

"El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones: a) El error y su demostración; b) La consiguiente violación de ley sustantiva detallada como manda el atículo 531 del Código Judicial; c) Incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia". (Gaceta Judicial, Tomo XLVI, página 205).

Aun cuando lo ya expuesto es suficiente para el rechazo del cargo que se considera, la Corte no estima superfluo para llegar al mismo fin hacer las dos observaciones siguientes:

Primera:—Que el personero de la parte recurrente tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de primera instancia aceptó la legitimidad de los recibos y apuntamientos otorgados por Barón, con la única salvedad de que ellos hacían relación a contratos anteriores celebrados entre las partes, pues al efecto dijo: "mi mandante dentro de la pulcritud que lo caracteriza ha aceptado esos recibos o apuntamientos, pero únicamente con relación a los contratos anteriores, cuyos títulos precisamente no entregó porque no se le habían dado tales recibos". (folios 7v. y 20 del cuaderno principal de la demanda).

Segunda:—Que si el sentenciador consideró, y la Corte estimó fundado su concepto, como ya antes se ha visto en el cuerpo de este fallo, que Barón tenía la calidad de mandatario de Muñoz, diputado para recibir el pago, es claro que los recibos que en tal condición expidió, los que por otra parte fueron reconocidos por él mismo según se ve en su declaración que obra a los folios 46v. y 47 del cuaderno 2º, tienen completo valor probatorio en contra de Muñoz. tal como si por él mismo hubieren sido expedidos, porque el mandatario obraba al extenderlos dentro de los naturales límites del mandato que le fue conferido.

Si fue autorizado para recibir, natural y lógicamente tenía la facultad de expedir recibos de las cantidades que recibía, y tales recibos hacen fe en contra del mandante.

Se rechaza por tanto el cargo que se considera.

CAPITULO V

Con fundamento en la causal 2ª de Casación (artículo 520 del C. J.) acusa el recurrente la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes pues afirma que el Tribunal "no consideró ni siquiera mencionó en la sentencia las excepcines propuestas por el demandado Pérez, especialmente la excepción de petición de modo indebido, antes de tiempo o inepta demanda", que considera demostrada en el juicio.

La Corte considera:

Es cierto que el demandado al contestar la demanda propuso como excepciones perentorias las que calificó como "carencia de derecho en la acción, inexistencia de las obligaciones que se demandan, petición de un modo indebido o petición antes de tiempo" y que el sentenciador expresamente no se refirió a estos medios defensivos aducidos en abstracto por el demandado; pero este cargo no incide en casación por las siguientes razones:

Primera: porque las llamadas excepciones "carencia de derecho en la acción", e "inexistencia de las obligaciones que se demandan" no pueden reputarse como hechos exceptivos, ya que estos son todos aquellos por cuya virtud las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió y que, por otro lado, la finalidad de todo juicio se encamina precisamente a esclarecer si al demandante le asiste el derecho que nivoca o si tienen o no existencia las obligaciones que se demandan; aparte de que si como tales excepciones fuere dable considerarlas debe en ese caso estimarse que el sentenciador falló sobre ellas implícitamente cuando ha decretado favorablemente las peticiones demandadas por el actor:

Segunda: porque habiendo estimado el sentenciador, como arriba se dijo, que la demanda se conformaba a lo prescrito en el artículo 1030 del Código Judicial, y despachado de conformidad por considerarlo oportuno lo que en ella se pedía, también hay que considerar que se falló implícitamente sobre la invocada excepción de petición de modo indebido o antes de tiempo.

Se rechaza finalmente el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de trece de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el presente negocio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta— Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón—Secretario en propiedad.

ACCIONES DE TERMINACION DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y DE REIVINDICACION—SON ACUMULABLES LAS DOS ACCIONES EN UNA MISMA DEMANDA, AQUELLA COMO PRINCIPAL Y LA DE DUEÑO COMO ACCESORIA

1.—En el caso de autos se intentaba demostrar, dentro del juicio, el contrato de arrendamiento celebrado, la carencia de un plazo y la terminación del pacto por falta de cumplimiento del arrendatario. El juicio especial de tenencia tiene lugar cuando existe la prueba del contrato de arriendo y su terminación. Tal es el caso de restitución del bien arrendado, cuando concurre alguno de los motivos que se enumeran en el artículo 1104 del C. J. En el mismo orden de ideas el acreedor deberá adoptar el procedimiento especial del juicio ejecutivo cuando quiera exigir el pago de una obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra el deudor, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse. Cuando la obligación no reuna tales condiciones, deberá adoptarse la vía ordinaria. En el caso de autos los demandantes intentaban demostrar en juicio el contrato de arrendamiento, las circunstancias por las cuales se había extinguido, la suma que el arrendatario debía por renta atrasada y los daños y perjuicios ocasionados por el mal uso de la cosa arrendada. Era, pues, adecuada la vía ordinaria y no cabía el reclamo de sus derechos en la forma planteada dentro del procedimiento especial y sumario que reglamenta el título 37 del C. J.

2.—De acuerdo con el artículo 209 del C. J. son perfectamente acumulables las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de reivindicación. En la de cesación del contrato de arrendamiento sostiene el actor su carácter de poseedor y el demandado es simple tenedor. En la acción de dominio el actor sostiene que el demandado es el poseedor. Ambas acciones tienen como base el derecho de propiedad, la calidad de dueño por parte del actor. No hay incompatibilidad en que un propietario, que ha celebrado con un tercero un contrato de arrendamiento y que dada la actitud que éste haya asumido en el desarrollo del convenio, tema que no sólo le desconozca su calidad de arrendador, sino aún más, la de dueño, pueda ejercitar en un mismo juicio las dos acciones: la proveniente del arrendamiento fundado en el contrato, y la de dueño, en subsidio, para el caso de que no logre demostrar su primera calidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, 14 de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Los señores Carlos José y Jorge Pabón Pinzón, por medio de apoderado, demandaron en juicio ordinario de mayor cuantía, a Pedro Forero, ante el Juez del Circuito de Melgar, Departamento del Tolima, en acción principal y subsidiaria, para que se declarara, en primer término, fenecido el contrato de arrendamiento que los demandantes, como propietarios de una parte del predio denominado "Guatimbol", situado en el municipio de Icononzo, habían celebrado con Pedro Forero, con respecto a dos lotes de terreno que determinaron por su situación y linderos, exigiendo, a la vez, la consiguiente entrega de la tierra y el pago de los arrendamientos adeudados, los cuales debían estimarse por peritos y el reconocimiento de la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00), en que estimaron los perjuicios causados por el arrendatario, por haber usado del bien arrendado fuera de los términos convenidos y haber cooperado con algunos perturbadores o detentadores de la propiedad de "Guatimbol", en el plan de desconocer el derecho de dominio de sus propietarios. Finalmente, que en cuanto a las prestaciones a favor del arrendatario demandado, en relación con las mejoras que hubiere puesto en los lotes materia del litigio, no debían reconocerse sino las verificadas con asentimiento de los propietarios, al tenor del artículo 1994 del C. C.

En defecto de las anteriores declaraciones, demandaron la reivindicación y consiguiente entrega de los lotes señalados, que determinaron por sus linderos, y la condenación del demandado, a quien consideraron como poseedor de mala fe, al pago de los frutos naturales y civiles, no sólo percibidos, sino los que se hubieren podido per-

cibir con mediana inteligencia y cuidado, a partir del primero de enero de mil novecientos treinta, hasta cuando se haga la entrega de los inmuebles. De nuevo, en esta acción subsidiaria, exigieron del demandado el pago de la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00), en que estimaron los perjuicios causados por Forero en los lotes materia del litigio y en los terrenos adyacentes. En cuanto a las prestaciones que pudieran corresponder al demandado por sus mejoras, pidieron se le tuviera como poseedor de mala fe.

Notificado Forero, no contestó la demanda en la oportunidad debida; se limitó a expresar, en escrito presentado extemporáneamente, que eran otros los poseedores de los lotes materia del juicio, declaración que hacía para cumplir con lo dispuesto en el artículo 214 del Código Judicial. A la vez, se hicieron presentes en el juicio, los pretendidos terceros ocupantes, haciendo la manifestación de que ellos eran los verdaderos poseedores de las tierras en litigio.

El Juez del Circuito de Melgar desató el juicio por sentencia de cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, declarando probada la excepción perentoria que denominó "de ineptitud sustantiva de la demanda", porque a su juicio, no eran acumulables las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento sobre ciertos lotes de terreno y la reivindicación, en subsidio, de los mismos. Como consecuencia de la tesis anteriormente resumida, absolvió al demandado de los cargos que le habían sido hechos.

Llegados los autos al Tribunal Superior de Ibagué, por motivo de apelación interpuesta por el apoderado de los demandantes, y cumplida allí la tramitación legal de rigor, esta autoridad revocó la sentencia del inferior y condenó en parte al demandado, al tenor de la demanda subsidiaria de reivindicación, considerando a Forero como poseedor de buena fe, con el consiguiente derecho para que se le cubrieran las mejoras cultivadas en la zona disputada.

Interpuesto el recurso de casación por el mandatario de Forero y llenadas por esta Corte las formalidades de rigor, se pasa a decidir.

El recurso

Primer cargo.—Se acusa el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., por violación de los artículos 209, 333, 343, 734, 1103, 1104 y 1118 del C. J., y 1546 del C. C.

Se funda esta causal, en que los actores en el juicio, ejercitaron en una misma demanda dos acciones distintas, a saber: la de restitución de la cosa arrendada, con base en un contrato de arrendamiento; y la reivindicación o acción de dominio. La primera, como principal, y la segunda, como subsidiaria. Hay, pues, alega el recurrente, una indiscutible acumulación de acciones opuestas entre sí. Esta acumulación contraría lo preceptuado en el artículo 209 del C. J., que la autoriza —dice—, pero siempre que se llenen determinados requisitos.

Agrega el recurrente: "En el presente caso no concurren esos requisitos por cuanto la primera de las acciones ejercitadas es de competencia del Juez Municipal, y la segunda, del Juez del Circuito. La primera, o sea la de restitución de la cosa arrendada, tiene señalado en el C. J. procedimiento especial; y la segunda, o sea la de reivindicación o acción de dominio, se adelanta mediante juicio ordinario; y, finalmente, porque el ejercicio de esas dos acciones en un mismo libelo, entraña el contrasentido de atribuir al demandado dos calidades que se contraponen y excluyen, esto es, que se afirma de éste que es mero tenedor (arrendatario) y al mismo tiempo que no es tal sino poseedor de ciertos terrenos. Decir de algo que es y no es una misma cosa es cometer el error de razonamiento que llaman **absurdo** los maestros de la Lógica, desde Aristóteles hasta Restrepo Hernández".

Igualmente sostiene el recurrente que, al tenor del artículo 1118 del C. J., para la determinación de la cuantía en los juicios especiales a que se refiere el título XXXVII del Libro Segundo del Código de Procedimiento, o sean los que versan sobre la restitución de la cosa arrendada, se estima lo que valga el arrendamiento en un mes. Manifiesta que aún cuando los demandantes, en su escrito de demanda, no expresaron el precio del arrendamiento, del pacto firmado entre los colonos y los propietarios, entre los cuales figuró su representado Pedro Forero, se deduce que tal precio fue de dos pesos con cuarenta centavos por hectárea, o sea, según la cabida de lo manejado por Forero, la suma de tres pesos con veinte centavos ($ 3.20) al año. De lo anterior infiere que la acción sobre terminación del arrendamiento y entrega del bien arrendado, es de menor cuantía, que aun cuando el numeral primero del artículo

209 citado, autoriza la acumulación de una o más acciones de menor cuantía a otra u otras de mayor cuantía, esto sólo puede hacerse cuando se cumplen o llenan los otros requisitos que exige la mencionada disposición. En la presente litis, a su entender, no se han cumplido tales requisitos:

a) Porque si en la acción principal lo que se persigue es el ejercicio de una acción de mera tenencia, derivada de un contrato de arrendamiento, a fin de lograr el lanzamiento del arrendatario, claramente habría que concluir que no podía aquella acción ventilarse en una misma demanda, con una acción de dominio o reivindicación, al tenor del numeral segundo del artículo 209 del C. J., pues la acción de dominio requiere el procedimiento ordinario del Título XVIII, Libro Segundo, del C. J., y la acción de tenencia, derivada de un contrato de arrendamiento, exige el procedimiento especial detallado en el título XXXVII del mismo Código;

b) Que para que fuera viable la acumulación de acciones en el caso del pleito, era necesario que las demandas tuvieran un mismo procedimiento; el Tribunal, al decir del recurrente, violó el artículo 209 del C. J., por haberlo aplicado al caso del pleito;

c) Que la Corte Suprema de Justicia, en varios fallos que transcribe, ha declarado que el procedimiento civil regula el modo como deben ventilarse los negocios civiles por medio de juicios, que son los distintos procedimientos sistematizados por razón de su naturaleza. (artículo 194 C. J.). Es la naturaleza del asunto lo que determina el procedimiento aplicable. Que las leyes que fijan la ritualidad y procedimiento en cada caso, son leyes de orden público, no susceptibles de acomodaciones o variaciones. El procedimiento mal elegido es camino legalmente inconducente. (Sentencia del 17 de agosto de 1942);

d) Que el juicio ordinario en la extinguida legislación procedimental, 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;

e) Que la Corte Suprema ha estudiado en repetidos fallos, lo relativo a la acumulación de acciones, desde su sentencia de trece de marzo de mil novecientos treinta y seis, en la cual sostiene que puede haber acumulación de acciones en forma eventual y subordinada, esto es, que una de las acciones se propone solamente para el caso en que la otra sea desestimada. Que tal es el caso del pleito donde las acciones se ejercitan en forma subordinada. Si se desestima la de arrendamiento y entrega del bien arrendado, entonces se pasa a considerar la reivindicatoria o de dominio. Pero no es lógico demandar a alguien, atribuyéndole el carácter de tenedor, como arrendatario, que reconoce dominio ajeno, al mismo tiempo que se le presenta en la demanda como poseedor, que desconoce ese dominio. Si los actores ejercitan la acción de terminación del arrendamiento y restitución de la cosa arrendada, están diciendo y afirmando que el dmandado no es poseedor, luego mal pueden darle el carácter de tal en la misma demanda, al ejercitar la acción reivindicatoria. Un libelo donde se reclama el derecho en tales condiciones, es antitético, pues se afirma y niega una misma cosa a la vez;

f) Que está probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, por acumulación indebida de dos acciones incompatibles y que al declarar lo contrario el Tribunal, violó los artículos 333, ordinal 3º y 209, ordinal 2º del C. J.;

g) Los demás textos legales que se indican como violados en la sentencia del Tribunal, quedan explicados a su juicio, además de lo expresado en los razonamientos que se acaban de sintetizar, en los conceptos que siguen: el artículo 734 del C. J., por haberlo aplicado indebidamente al caso del pleito, no siendo posible aplicarlo; los artículos 343, 1103, 1104, 1118 del C. J., por no haberse cumplido, como era legal, en el caso en disputa; y el artículo 1546, por haberse puesto en vigencia indebidamente.

La Corte considera:

Primero.—Cuestiones por dilucidar son las de establecer si a los demandantes no les era dable adoptar la vía ordinaria, sino la especial detallada en el título XXXVII del C. J., para lograr la terminación del contrato de arrendamiento con Forero y la consiguiente devolución del bien arrendado, siendo imposible, en consecuencia, la acumulación de esta acción especial con la ordinaria, que corresponde al juicio de reivindicación.

Igualmente debe estudiarse si consideradas ambas acciones como ordinarias, tampoco era dable acumularlas, por tratarse de dos peticiones incompatibles entre sí, que conducirían al hecho de atribuir al demandado dos calidades que se contraponen y excluyen, por afirmarse de él,

en la acción principal, que es simple **tenedor**, y en la subsidiaria, que es **poseedor.**

No se limitaron los propietarios del predio "Guatimbol" a ejercitar en su demanda el mero lanzamiento del arrendatario, fundado en cualquiera de los motivos que enumera el artículo 1104 del C. J., sino que, alegando incumplimiento del contrato, pidieron que se diera por terminado y que se indemnizaran los perjuicios. Dentro del incumplimiento incluyeron: falta de pago de la renta; mal uso de la cosa arrendada; extralimitación al plantar mejoras, etc. Se trata, pues, del ejercicio de derechos que requerían los amplios términos del procedimiento ordinario para ser demostrados en juicio. La acción especial de lanzamiento, supone la existencia reconocida por ambas partes, del contrato que regula sus relaciones, que se demuestra al presentarse la demanda y que sirve para hacer efectivos los derechos que del pacto se desprenden.

En el presente negocio se intentaba demostrar, dentro del juicio, el contrato celebrado, la carencia de un plazo y la terminación del pacto por falta de cumplimiento del arrendatario. El juicio especial de tenencia tiene lugar cuando existe la prueba del contrato de arriendo y su terminación. Tal es el caso de restitución del bien arrendado, cuando concurre alguno de los motivos que se enumeran en el citado artículo 1104 del C. J. En el mismo orden de ideas, el acreedor deberá adoptar el procedimiento especial del juicio ejecutivo cuando quiera exigir el pago de una obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra el deudor, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse. Cuando la obligación no reuna tales condiciones, deberá adoptarse la vía ordinaria.

En el caso de autos, los demandantes intentaban demostrar en juicio, el contrato de arrendamiento, las circunstancias por las cuales se había extinguido, la suma que el arrendatario debía por renta atrasada y los daños y perjuicios ocasionados por el mal uso de la cosa arrendada. Era, pues, adecuada la vía ordinaria y no cabía el reclamo de sus derechos en la forma planteada dentro del procedimiento especial y sumario que reglamenta el título 37 del C. J.

Segundo.—Demostrado que los actores bien pudieron adoptar la vía ordinaria, para el ejercicio de las acciones propuestas, corresponde ahora examinar si estas acciones, no eran acumulables ni ejercitables en la forma como se las ha querido hacer valer.

El procedimiento adoptado está rigurosamente ceñido al artículo 209 del C. J. en su parágrafo 2º, aparte 3º, que dice:

"Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria y condicionalmente, dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

Aún considerándolos como contrarios la acumulación es factible. En la de cesación del contrato de arrendamiento, el actor sostiene su carácter de poseedor y el demandado es simple tenedor. En la acción de dominio el actor sostiene que el demandado es el poseedor. Ambas acciones tienen como base el derecho de propiedad, la calidad de dueño por parte del actor. No hay incompatibilidad en que un propietario, que ha celebrado con un tercero un contrato de arrendamiento y que dada la actitud que éste haya asumido en el desarrollo del convenio, tema que no sólo le desconozca su calidad de arrendador, sino aún más, la de dueño, pueda ejercitar en un mismo juicio las dos acciones: la proveniente del arrendamiento fundado en el contrato, y la de dueño, en subsidio, para el caso de que no logre demostrar su primera calidad.

La Corte ha dicho: "tampoco es fundada la decisión de la sentencia que considera demostrada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda y que hace consistir el tribunal en que se ha interpuesto en una misma demanda dos acciones o remedios contrarios o incompatibles entre sí, como son, a su decir, la de la inexistencia o simulación y la de resolución por incumplimiento de la misma convención. A juicio de esta Sala se ha interpretado equivocadamente el artículo 209 del C. J., habiéndose incoado esas dos acciones en forma eventual y subordinada, presentándose la primera como principal y la segunda como subsidiaria, no hay, en realidad, incompatibilidad ni contradicción en el ejercicio sucesivo de esas dos acciones, ya que no habiéndose demostrado que ese pacto fuera simulado sino que tuvo o pudo tener una causa u objeto y un consentimiento moral y lícito, bien podía suplicarse en forma subsidiaria que se le declarara resuelto por falta de pago del precio". (G. J. Tomo 40, página 46).

De todo lo expuesto se deduce que es legal el ejercicio de las dos acciones acumuladas propuestas, la una como principal y la otra, como subsidiaria.

Se declara, pues, infundada la causal de casación alegada.

Segundo cargo. Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, viola el artículo 697 del C. J. por cuanto a sú entender no se apreció la prueba testimonial consistente en las declaraciones de testigos traídos al proceso por los demandantes, testimonios con los cuales considera demostrado que su cliente, se encuentra en relación con el problema de tierras planteado en el juicio o en el caso señalado y reglamentado por el artículo 4º de la ley 200 de 1936; es decir, como poseedor de la tierra, con dos años de anterioridad a la vigencia de la citada ley; o en el caso del artículo 12 de la misma, o sea que Pedro Forero adquirió el dominio de las parcelas que se le discuten, mediante la prescripción especial concedida por esta disposición, a quienes hubieren poseído un terreno considerándolo como baldío del Estado y lo explotaran económicamente por el lapso de cinco años continuos.

Afirma que el demandado Forero inició la ocupación de su terreno, considerándolo como baldío dentro del término que la ley señala para exigir del demandante la prueba del dominio, mediante un título emanado del Estado o de fecha anterior al once de octubre de mil ochocientos veintiuno, y para que, aún decidido el pleito en su contra, le reconociera el derecho a comprar la tierra, al tenor de la reglamentación dada para tales casos en el mencionado artículo 4º.

Textualmente dice ante la Corte el representante de Forero: "Para acreditar la propiedad privada, sobre esas tierras así poseídas y ocupadas por el demandado, tienen los demandantes que presentar título originario emanado del Estado, o exhibir un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al once de octubre de mil ochocientos veintiuno".

La Corte considera:

a) No existe en el juicio la prueba de que Forero poseyera los predios materia de la reivindicación con dos años de anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936. Por el contrario, se presentaron unos cuantos documentos y pruebas escritas, que si bien no las tuvo el Tribunal, como la demostración de la existencia de un contrato de arrendamiento, sí las estimó como la prueba de que Forero al cultivar la tierra, reconocía el derecho de dominio de los demandantes y mal podía pensar que eran tierras baldías del Estado, cuando se obligó a pagar un canon de arrendamiento.

Las pruebas aducidas en el juicio por los señores Pabón, en orden a establecer que el demandado inició sus actividades en el predio de "Guatimbol", reconociendo dominio ajeno, son las siguientes:

1) Copia registrada de la escritura pública número 931 de la Notaría de Fusagasugá, que contiene la protocolización de las copias auténticas de los pactos o acuerdos ajustados entre el demandante Carlos José Pabón y los arrendatarios de la finca de "Gautimbol". Una de esas copias corresponde al pacto llevado a cabo en Icononzo, el dos de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, entre Pedro Forero y otros por una parte, y los hermanos Pabón Pinzón, por la otra. Acuerdo autorizado por el secretario de Hacienda del Departamento del Tolima, el abogado de la Oficina Nacional del Trabajo, y donde se hizo constar que Carlos José Pabón se comprometió a dar en arrendamiento a Pedro Forero y otros, "las parcelas que dichos señores tienen recibidas actualmente al mismo título". Se fijó un precio de arrendamiento por hectárea y se comprometieron Forero y compañeros a firmar los respectivos contratos de arrendamiento;

2) El mismo instrumento contiene la protocolización de otra acta, que lleva fecha 27 de octubre de 1934, en que los mismos arrendatarios declararon ante los empleados de la Oficina del Trabajo y el Secretario de Agricultura del Departamento del Tolima, que respetarían el pacto de que se habla en el acta anterior, sobre arrendamiento de las diversas parcelas en el predio de "Guatimbol";

3) En el expediente aparece una copia de las posiciones rendidas por Forero ante el Juez de Tierras de Ibagué, en diligencia del 6 de agosto de 1937, visible al folio 35 del cuaderno número 4, y donde Forero declara haber sido arrendatario de los Pabón, hasta cuando desconoció él mismo esta calidad.

b) Sostiene el recurrente que la prueba de su posesión fue traída al debate por los testigos Ramón y Manuel Bautista, presentados por los demandantes. Estos testigos declararon sobre actos

ejecutados por Forero en la zona ocupada por él en el predio de "Guatimbol", tales como haber derribado bosques de maderas finas, la tala de montaña en las cabeceras de las hoyas hidrográficas, y haber plantado algunos cultivos de huertas y café, sin permiso de los dueños de la tierra.

Los declarantes, señores Bautistas, a que alude la causal invocada, no expresan en sus deposiciones la fecha en que Forero ejecutó tales actos y si los realizó con ánimo de señor y dueño, o simplemente, como un arrendatario que viola el contrato y procede con lesión de los intereses del dueño de la tierra, que era lo que precisamente se intentaba demostrar con la prueba testimonial aducida. Debe recordarse, que en el libelo de demanda, los Pabones exigen de Forero el pago de la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) en que estiman los daños causados en su propiedad, y ésta es una de las razones alegadas por los actores para justificar la terminación del contrato de arrendamiento, por haber procedido el arrendatario con lesión de los intereses de los arrendadores.

c) Las actas de los arreglos celebrados entre los dueños de la finca de "Guatimbol", y sus colonos entre los cuales se cuenta Forero, por medio de los cuales se establece qu estos se comprometieron a pagar un arrendamiento, y la propia confesión de Forero rendida ante un Juez de Tierras de Ibagué, en posiciones, son la demostración de que Forero siempre reconoció dominio ajeno en las parcelas que cultivaba.

d) Esta misma actitud de Forero de considerarse como poseedor de la tierra, contrasta con sus primeras manifestaciones ante el Juzgado de Circuito de Melgar, al iniciarse el juicio, cuando por medio de memorial que corre en autos, declaró al Juez que no era poseedor de las tierras reivindicadas pues éstas, dice, las poseían terceras personas y, a la vez, se presentaron al Juzgado otros individuos, declarando que ellos eran en realidad los poseedores. El Juez del conocimiento no le dio importancia a este incidente por haber sido presentado extemporáneamente, y dejó a un lado la articulación que para tales casos ordena abrir el artículo 215 del C. J., sin que los interesados hubieran hecho reclamo alguno al respecto.

e) La causal alegada en esta parte del recurso señala dos soluciones distintas:

I. Que para acreditar el dominio, los demandantes debían haber presentado la prueba especial exigida por el artículo 4º de la ley 200 de 1936, por cuanto el demandado afirma, que posee la tierra materia del juicio de reivindicación con dos años de anterioridad a la vigencia de la mencionada disposición.

Ya se vio que en el juicio no se presentó prueba alguna que sirviera para demostrar que Forero explotaba la tierra con ánimo de señor y dueño, sino, por el contrario, está demostrado que siempre obró reconociendo el dominio de los Pabones, a quienes se comprometió a pagar un arrendamiento.

II. En cuanto a la prescripción alegada en favor de Forero, por haber poseído éste, sostiene el recurrente, las parcelas que explota en la finca de los Pabones, por el espacio de cinco años, término señalado por el artículo 12 de la ley 200 de 1936, para declarar la prescripción a favor del colono que ha penetrado a tierras incultas, considerándolas baldíos del Estado, cabe observar: como ya se dijo atrás que Forero siempre reconoció el dominio de los Pabones, como consta de su confesión rendida ante el Juez de Circuito de Ibagué, al absolver posiciones, y de los diversos arreglos y convenios pactados entre los colonos del predio de "Guatimbol", presenciados y autorizados por las autoridades del Tolima.

f) Pero hay algo más: la prescripción de corto tiempo, reglamentada por el artículo 12 en cuestión debe principiar a contarse desde la vigencia de la ley en adelante, o sea del 7 de abril de 1937 en que entró a regir la ley de tierras, como lo dispone el artículo 41 de la ley 153 de 1887, y el artículo 47 del Decreto número 59 de 1938, que reglamentó por mandato legal, el dicho estatuto. La demanda fue notificada a Forero el día seis de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Por consiguiente se declaran no probados los cargos propuestos.

Sentencia

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué, con fecha 13 de junio de 1944, que ha sido materia de recurso.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

ACCIONES, PRINCIPAL DE TERMINACION DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, Y SUBSIDIARIA DE RESTITUCION DE LA FINCA ARRENDADA.—NO SON INCOMPATIBLES LAS DOS ACCIONES

El contrato de arrendamiento, como bilateral que es, lleva envuelta la condición resolutoria establecida en el artículo 1546 del Código Civil; de suerte que la parte contratante que ha cumplido lo de su cargo o está dispuesta a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, puede ejercitar esa acción si la otra deja de cumplir sus obligaciones. Lo que hay es que las peculiaridades de ese contrato establecen los contrastes que ineludiblemente ocurren entre otros contratos que, a su turno, tienen las suyas. Por ejemplo, resuelta una compraventa, al hacerse los pagos y restituciones recíprocas del caso, las partes quedan restituídas al estado en que se hallaban antes de contratar; pero en el arrendamiento, en razón de su ejecución sucesiva habrá lugar a indemnizaciones, según el caso, y, por lo demás, no pudiéndose deshacer, v. gr., el goce de la cosa arrendada en que el arrendatario estuvo, lo procedente es la terminación, y efectivamente así acontece y así están redactadas las pertinentes disposiciones del C. C., como el artículo 1996 y el 1997, y ello en casos que corresponden a violación o incumplimiento, o sea, a la fuente de donde se origina la acción resolutoria. Análogamente cuando a un arrendatario cumplido se enfrenta un arrendador que no lo es. Siendo aquella, en realidad, la acción incoada en el juicio, no puede entenderse que falte el requisito de igualdad de tramitación del dicho artículo 209, en su inciso 2º. Tampoco se falta a este artículo, en lo tocante a su numeral 3º, por demandar principalmente la terminación del arriendo y subsidiariamente la restitución con acción de dominio, porque la oposición entre la mera tenencia y la posesión no puede entenderse como incompatibilidad de aquellas súplicas, encaminadas ambas a la recuperación de una misma cosa. Antes bien ese numeral 3º autoriza a proponer "subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquiera otro motivo no se consideren incompatibles. En el caso de autos no cabe pensar en incompatibilidad de acciones porque en la principal la ocupación del terreno por los reos se contempla como mera tenencia y en la subsidiaria como posesión.

2.—No cabe invocar el artículo 4º de la ley 200 de 1936 en una acción reivindicatoria, cuando se ha reconocido por el demandado dominio distinto al del Estado, y menos aún cuando el mismo demandado se ha reconocido como arrendatario del actor.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Por medio de apoderado Carlos José y Jorge Pabón demandaron a Julio Bernal en vía ordinaria en el Juzgado del Circuito de Melgar con los fines que se verán adelante. Admitida la demanda, se notificó el 29 de agosto de 1941. La instancia, después de los trámites legales, se cerró allí el 27 de octubre de 1942 con fallo absolutorio, de que apelaron los demandantes, por lo cual cursó la segunda en el Tribunal Superior de Ibagué, quien revocó aquél en el de 12 de junio de 1944 y condenó al demandado a restituir a los demandantes los lotes de terreno materia de la demanda, que son los deslindados en ella como parte del fundo San José de la antigua hacienda de Guatimbol, y a pagarles sus frutos desde la contestación de aquélla.

Bernal interpuso casación, recurso que aquí se decide.

El ocupa los lotes aludidos. Los actores en calidad de dueños exigen se los restituya y, atendiendo a que originariamente él fue su arrendatario y a que posteriormente sostiene que le pertenecen, formularon las súplicas de su demanda así: como principal, la declaración de que el contrato de arrendamiento ha terminado y la condenación de Bernal a pagarles los cánones adeudados y ciertos perjuicios que no viene al caso detallar aquí; y como subsidiaria, la restitución de los mismos lotes y el pago de sus frutos y demás prestaciones concomitantes en acción de dominio.

El Juzgado, ante la circunstancia de que la tenencia en arrendamiento implica reconocimiento

por el arrendatario de dominio ajeno y que la posesión implica en el ocupante ánimo de dueño, estimó que por ser estas dos situaciones incompatibles entre sí, consecuencialmente lo son las acciones respectivas, o sea la del arrendador contra su inquilino y la del dueño contra el poseedor, y observó, además, que aquélla tiene señalada vía especial distinta, por ende, de la vía ordinaria correspondiente a la reivindicación. De ahí dedujo que el libelo contiene una acumulación de hecho inaceptable ante el artículo 209 del C. J., y sobre este pie su sentencia fue absolutoria por estar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

El Tribunal conceptuó que la acción principal, esto es, la relacionada con el arrendamiento, no es la especial que vio el Juez, sino la de resolución de ese contrato; de suerte que, debiendo ésta tramitarse en vía ordinaria, no hay la diferencia anotada por el Juez en la actuación de las dos acciones ejercitadas; y en cuanto a éstas, consideradas en sí, no encontró el Tribunal la incompatibilidad que dice el Juez, sino un caso autorizado por el numeral 3º de dicho artículo 209. Desechada consecuencialmente la excepción, quedaba enfrentado a los problemas de fondo, y al estudiarlos desechó la acción principal porque al entablarse el pleito ya había expirado el arrendamiento y proclamádose dueño Bernal, y acogió la subsidiaria porque halló comprobados los elementos que configuran y hacen prosperar la reivindicación, a saber: que el demandado posee las cosas singulares materia del pleito y que los demandantes han justificado su dominio sobre ellas, sin que lo haya destruído la prescripción adquisitiva opuesta por Bernal, porque no se ha producido o realizado.

El abogado del recurrente acusa la sentencia del Tribunal en esta forma: en primer lugar por violación de los artículos 209, 333, 343, 734, 1103, 1104 y 1118 del C. Judicial y 1546 del Civil, y en segundo lugar por violación de los artículos 777, 780, 786, 791, 946 y 952 de este Código, 343 y 697 del Judicial y 4º y 12 de la Ley 200 de 1936.

El quebranto del artículo 1546 del C. C. por errónea interpretación e indebida aplicación es cargo que basa el recurrente en que, según él, esta disposición no se extiende al arrendamiento y, aunque se extendiera, lo demandado no es que se resuelva sino que se declare terminado el contrato. En estas reflexiones basa su concepto de diferencia de tramitaciones y consecuencial imposibilidad de tramitarlas bajo una misma cuerda, pues dice que la principal está reglamentada en el Capítulo **Lanzamiento del Arrendatario**, es decir, por los artículos 1103 y 1104 del C. J., y agrega la cita del 1118 para confirmar su argumentación con lo que de éste se deduce sobre competencia, pues fijándola en lo tocante a cuantía por el valor del canon en un mes, las diferencias de que aquí se trata al respecto corresponden al Juzgado Municipal.

Se considera:

De que un arrendador tenga esas acciones y pueda acudir a ese procedimiento, no se deduce que este remedio sea obligado ni único. El contrato de arrendamiento, como bilateral que es, lleva envuelta la condición resolutoria establecida en dicho artículo 1546; de suerte que la parte contratante que ha cumplido lo de su cargo o está dispuesta a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, puede ejercitar esa acción si la otra parte deja de cumplir sus obligaciones. Lo que hay es que las peculiaridades de ese contrato establecen los contrastes que ineludiblemente ocurren ante otros contratos que, a su turno, tienen las suyas. Por ejemplo, resuelta una compraventa, al hacerse los pagos y restituciones recíprocas del caso, las partes quedan restituídas al estado en que se hallaban antes de contratar; pero en el arrendamiento, en razón de su ejecución sucesiva, habrá lugar a indemnizaciones, según el caso, y por lo demás, no pudiéndose deshacer, v. gr., el goce de la cosa arrendada en que el arrendatario estuvo; lo procedente es la terminación, y efectivamente así acontece y así están redactadas las pertinentes disposiciones del C. C., como el artículo 1996 que habla de autorización al arrendador para reclamar "la terminación del arriendo" y como el 1997 que le da, en la situación allí contemplada, el derecho de "poner fin al arrendamiento" y ello en casos que corresponden a violación o incumplimiento, o sea, a la fuente de donde se origina la acción resolutoria. Análogamente cuando a un arrendatario cumplido se enfrenta un arrendador que no lo es.

Siendo aquélla, en realidad, la acción incoada como principal en el presente juicio, no puede entenderse que falte el requisito de igualdad de tramitación del dicho artículo 209, en su inciso 2º, según el cual para ejercitarse varias acciones en una misma demanda ellas deben ser tales "que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial".

Tampoco se falta a ese artículo, en lo tocante a su numeral 3º, por demandarse principalmente la terminación del arriendo y subsidiariamente la restitución con acción de dominio, porque la oposición entre la mera tenencia y la posesión no puede entenderse como incompatibilidad de aquellas súplicas, encaminadas ambas a la recuperación de una misma cosa. Antes bien, ese numeral 3º autoriza a proponer "subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

Aquí los actores obran para ambas súplicas en la inteligencia de ser dueños de los lotes cuya entrega buscan, los que son unos mismos, y de que se hallan ocupados por el reo. Ante este conjunto de igualdades en la calidad de los demandantes, en la ocupación del demandado, en la cosa de que se trata y en la finalidad última, no cabe pensar en incompatibilidad de acciones porque en la principal esa ocupación se contempla como mera tenencia y en la subsidiaria como posesión.

No es, pues, admisible el primer cargo.

No se cierra este capítulo sin advertir que la acción principal se ha estudiado solamente desde el punto de vista que corresponde al cargo que en casación se formula, que es lo único que respecto de aquélla se halla **sub judice** ante la Corte. La acción en sí o, más claramente, lo decidido sobre ella por el Tribunal, no está dentro del recurso, pues esa decisión fue favorable al demandado y éste es recurrente único (C. J. artículo 494).

El segundo cargo o grupo de cargos debe estudiarse separando lo referente a las citadas disposiciones del C. Civil y lo relativo a las restantes de cuyo quebranto también se acusa.

Las del Código, que versan sobre posesión y acción reivindicatoria, las reputa violadas el recurrente por haberse acogido esta acción de los demandantes con sacrificio de la posesión de él; y las disposiciones restantes a que se acaba de aludir, que son ante todo los artículos 4º y 12 de la Ley 200 de 1936 y, con ellos, el 343 del C. J., los reputa violados por no habérsele reconocido la prescripción adquisitiva que invoca ni exigido a los actores la titulación de larga data a que ese artículo 4º se refiere; y junto con estas disposiciones cita también, como ya se dijo, el artículo 697 del C. J. para acusar de error de apreciación de la prueba testimonial aducida por él con el fin de demostrar su posesión y la usucapión antedicha.

Los testigos cuyas declaraciones califica de erróneamente apreciadas afirman que Bernal ocupa las tierras en referencia desde 1931 en calidad de colono cultivador de baldíos, sin interrupción y sin que nadie antes del presente juicio le hubiera desconocido o discutido su posesión y sin tener que pedir consentimiento a nadie. Pero las pruebas aducidas por los demandantes acreditan que Bernal entró a tales tierras como arrendatario de ellos, por contrato que consta en documento privado de 27 de junio de 1927, cancelado el 21 de diciembre de 1931, y que el dos de febrero de 1934 suscribió Bernal un convenio en que reconoció su calidad de mero tenedor, ofreciendo suscribir en favor de los Pabones documento de arrendamiento, hecho decisivo de suyo que no se infirma porque a la postre ese documento no se otorgara.

Para que fuera aplicable el artículo 4º citado sería preciso que Bernal se hubiera establecido en esas tierras "sin reconocer dominio distinto al del Estado y no a título precario", y sería preciso, además, que ellas fueran incultas al iniciarse esa ocupación. Y, a más de lo que acaba de verse sobre reconocimiento por Bernal del dominio privado de los actuales demandantes al tomarles en arrendamiento, que fue cuando allí se estableció, se tiene que las diversas pruebas sobre dominio de los demandantes y sus antecesores, así como sobre ocupación material suya y demarcación de sus propiedades, hacen ver que esos terrenos no eran incultos. Y estas breves reflexiones demuestran la inaplicabilidad del artículo 4º al presente litigio y que, por lo mismo, no tiene por qué exigirse a los actores la prueba excepcional de larga data que, para sus casos, requiere esa disposición.

Los títulos que exhibieron para acreditar su dominio los halló satisfactorios el Tribunal. El recurrente no acusa refiriéndose a aquéllos en sí, sino, como acaba de verse, porque no se remontan con encadenación perfecta hasta un título originario emanado del Estado o uno traslativo de dominio otorgado antes del once de octubre de 1821, tal como establece dicho artículo 4º, cuya improcedencia para el presente pleito queda ya vista.

Por las mismas razones es improcedente la queja relativa al artículo 12 de la misma Ley 200, porque si establece una prescripción adquisitiva tan breve que es de sólo un quinquenio, ello es

en favor de quien, "creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías", ha poseído económicamente por ese lapso de tiempo, y no cabe admitir o siquiera suponer esta creencia de buena fe en Bernal respecto de terrenos a que entró tomándolos en arrendamiento a sus dueños. Y aunque esta circunstancia bastaría para rechazar el cargo, no sobra agregar que, al tenor de ese artículo 12, "no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular". Y de que esto sucede con la finca a que corresponden los lotes ocupados por Bernal, hay diversas pruebas en cuyo análisis no es de entrarse aquí, porque de ellas desde este punto de vista no se formula acusación.

Obró, por tanto, legalmente el Tribunal al decretar la reivindicación por estar demostrado el dominio de los actores y no la prescripción invocada por el reo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el doce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

REIVINDICACIONES. — INCONGRUENCIA.—OCUPANTES DE TERRENOS BALDIOS.—ADJUDICACION DE BALDIOS.

1.—En numerosas sentencias ha dicho la Corte que siendo absolutorio el fallo de instancia no es pertinente invocar contra él la causal de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes si ellas han sido negadas en su totalidad.

2.—No podría aceptarse el precedente de que si uno se presenta a pedir la adjudicación de un terreno baldío como ocupante y otro se opone a la adjudicación haya de presumirse que éste y no aquél sea el verdadero ocupante. La ley da derecho al ocupante a que se le adjudique el terreno, pero no presume que sea ocupante el que se oponga a la adjudicación y por el sólo hecho de oponerse.

3.—La ocupación, modo de adquirir el dominio de los bienes regulados por el Código Civil, también origina el derecho de propiedad sobre terrenos baldíos. Pero al paso que en el Derecho Civil común la ocupación con ánimo de dueño origina posesión y ésta hace presumir el dominio o lo engendra por el transcurso del tiempo (prescripción adquisitiva), en el régimen legal sobre baldíos la sola ocupación no funda dominio, entre otras razones, porque los baldíos no pueden adquirirse por prescripción (artículo 61 del Código Fiscal). Así, para adquirir derecho de propiedad sobre un terreno baldío se necesita título de adquisición, el cual se obtiene o a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo. Tal vez no sea inoficioso advertir que el régimen legal de tierras baldías hace distinción entre predios rústicos y predios situados dentro del perímetro de las poblaciones. La adjudicación de estos últimos puede originarse no ya en el cultivo, sino en la construcción de edificios (artículo 7º de la ley 98 de 1928, 1º del Decreto 297 de 1935 y 7º del Decreto-Ley Nº 1415 de 1940). Ahora: cuando se solicita la adjudicación de un terreno baldío, si alguno se opone a ella diciéndose dueño, es obvio que el solicitante (y demandado) no tiene que aceptar el debate —como en general hay que hacerlo en juicio de reivindicación— sobre el punto de que el terreno sea de su propiedad. Y mal podría el demandado situar de esa manera la contienda puesto que al solicitar se le adjudique como baldío, parte del supuesto de que tal terreno carece de dueño. Por ende, en la acción judicial del que se opone a la adjudicación el punto que se ventila no es el de cuál de los dos —solicitante u opositor— sea dueño, sino el cuál de los dos tiene mejor derecho a la adjudicación, a menos que se controvierta la calidad misma del baldío y se afirme que el terreno es un bien de propiedad privada.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Sólicitó María Antonia González de García en memorial dirigido a la Gobernación de Caldas que se le adjudicara como baldío un lote de terreno ubicado en el perímetro urbano del Municipio de Armenia. La peticionaria se presentó a título de cultivadora, acompañó un plano según el cual el área total del baldío es de 366.80 mts. cuadrados, con una edificación que ocupa 248,19 metros cuadrados; adujo algunas declaraciones tendientes a probar que el terreno era baldío, que las señoras Evangelina y Amalia Orozco eran quienes habían hecho la casa ("mejora" dicen los testigos) a sus propias expensas; y también presentó copia de la escritura pública otorgada el once de septiembre de mil novecientos treinta y seis en la cual consta que la señora Evangelina Orozco viuda de González transfirió a título de venta a María Antonia González de García el derecho de dominio sobre la casa de habitación y el lote de su propiedad, cabalmente aquel cuya adjudicación pedía María Antonia González de García.

Alejandrino Rodríguez se opuso ante la Gobernación a que el terreno le fuera adjudicado a la solicitante González alegando ser dueño de dicho solar como adjudicatario de este inmueble en la partición, registrada el veintisiete de febrero de mil novecientos treinta y seis, del juicio mortuorio de Sara Valencia que se protocolizó por escritura pública otorgada el cuatro de junio siguiente.

El Gobernador, en vista de la oposición, resolvió remitir las diligencias al Juzgado de Circuito

de Armenia "a fin de que las partes hagan valer sus derechos ante el poder judicial".

Alejandrino Rodríguez presentó allí demanda ordinaria contra María Antonia González de García para que se hicieran estas declaraciones:

1ª que no era el caso de adjudicarle a título de cultivadora el solar en referencia;

2ª que tal inmueble pertenece en pleno dominio al demandante Alejandrino Rodríguez por ser de su propiedad, con sus edificaciones;

3ª que, en consecuencia, se condenara a la demandada "a restituir al demandante, dice el libelo, la finca en mención, con sus frutos naturales y civiles, desde el día en que lo detentaron u ocuparon por la fuerza, o en forma clandestina, hasta que se haga la restitución";

4ª que la demandada debía pagar las costas del juicio.

Tramitado el juicio hasta la citación para sentencia en el Juzgado del Circuito de Armenia, dispuso éste remitirlo al Juzgado de Tierras de Pereira por estimar que le correspondía conocer de él según lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto número 59 de 1938. El Juzgado de Tierras practicó una inspección ocular en el terreno materia de la disputa y después de otras actuaciones dictó sentencia con fecha dos de febrero de mil novecientos treinta y nueve. En esta sentencia se declararon no probadas las excepciones propuestas al contestar la demanda, y se decidió que el demandante y la demandada tenían derecho a que se les adjudicara por iguales partes, a título de colonos, el solar o lote de terreno.

Apelaron uno y otro, y el Tribunal Superior de Pereira, a solicitud del apoderado de la parte demandada, declaró nula la actuación surtida en el Juzgado de Tierras de Pereira y dispuso enviar el expediente al de Circuito correspondiente para que dictara la sentencia.

El Juez del Circuito Civil de Armenia dictó sentencia que negó las declaraciones pedidas en la demanda y absolvió a la demandada de todos los cargos formulados en aquella.

Apeló de ese fallo el demandante y el Tribunal Superior de Pereira, surtidos los trámites de la segunda instancia, confirmó íntegramente, en su fallo fechado el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, la sentencia de primer grado.

Ni en primera ni en segunda instancia hubo condenación en costas.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el demandante. Y como ya están surtidos los trámites del recurso —en el cual se oyó, además, al Procurador de la Nación, Delegado en lo Civil—, procede la Corte a decidirlo.

La sentencia recurrida

Después de historiar la controversia y de enunciar los títulos que el actor invoca, dice el Tribunal:

"Sin embargo de lo difusa e imprecisa de la demanda, hay un hecho claro como razón de la oposición, es a saber: que Alejandrino Rodríguez dice ser dueño del inmueble cuya adjudicación como baldío solicitó la señora María Antonia González, porque su causante, la señora Sara Valencia fue dueña de ese inmueble por compra que le hiciera al señor Ramón Londoño; y hay un punto oscuro e involucrado en todas las peticiones y hechos de la demanda, que para hacer una amplia interpretación de ella, también se tratará en el discurso de esta sentencia, a fin de resolver mejor la cuestión en litigio, o sea: que Sara Valencia tiene una mejor posesión antecedente que la de Antonia González.

"Frente a estas dos hipótesis, la del dominio y la de la posesión, planteadas por Rodríguez, ha de formularse la providencia de este Tribunal, no sin antes recordar y tener presente, que parte de este proceso se declaró nulo en auto de primero de julio de mil novecientos cuarenta, pronunciado por una Sala Decisoria de este Tribunal, y que el señor Juez Civil del Circuito de Armenia, competente para conocer del negocio pronunció sentencia absolutoria el siete de noviembre de mil novecientos cuarenta, basado en razones de orden legal y jurídico, que no lograron mutar las pruebas traídas con posterioridad". Considera en seguida el Tribunal las dos hipótesis:

La primera, relativa al derecho de propiedad que en su favor invoca el demandante, para concluir que los títulos escritutarios aducidos no pueden tenerse en cuenta por haber llegado al proceso durante la etapa de él que se declaró nula; que aún teniéndolos en cuenta no son aptos para probar el derecho de dominio "porque, dice el sentenciador, en este litigio se discuten títulos aun anteriores a los que provienen del juicio sucesorio, pues así planteó el debate Alejandrino Rodríguez. Y entonces, no demostrado el dominio de la causante Sara Valencia, tampoco queda

demostrado el de su sucesor, pues el juicio de sucesión no comporta un debate de dominio, ni define la propiedad de ningún bien de la vida".

En cuanto a la segunda hipótesis, posesión material ejercitada según Rodríguez por su causante Sara Valencia, y según dice María Antonia González de García por sus causantes las Orozcos, el Tribunal dice que comparada la prueba testimonial que adujo cada una de las partes, "resultan de superior calidad", son sus palabras, las que presentó la demandada, "por la manera directa en que los testigos percibieron los hechos sobre que deponen, casi todos ellos por haber realizado trabajos y reparaciones por cuenta unas veces de las Orozcos y ótras a expensas de María Antonia González..."

Y agrega el sentenciador que aún suponiendo que ambas partes hubieran demostrado por igual la posesión material del inmueble, surgiría una duda que debe resolverse en favor de la parte demandada.

En síntesis: el Tibunal estimó que el demandante no había probado ni dominio ni posesión del inmueble que como baldío solicita María Antonia González se le adjudique a ella; y en consecuencia confirmó en su totalidad la sentencia del Juez de Circuito que había absuelto a la demandada y negado las declaraciones solicitadas en la demanda.

El recurso

Sostiene el apoderado de Alejandrino Rodríguez que desde el año de mil ochocientos noventa y dos la señora Sara Valencia se fue a vivir "al entonces incipiente caserío de Armenia, cuyos terrenos eran baldíos de la Nación"; que en ese mismo año compró a Ramón Londoño una casa situada en dicho caserío y el solar en que estaba edificada "constante de cinco varas de frente por cuarenta de centro"; que desde la fecha de la escritura ocupó la casa y el solar y estableció un negocio de panadería, prolongando la construcción de la casa sobre el solar adyacente, "con lo que vino a ocupar la totalidad del solar, de quince varas de frente por cuarenta de centro"; que con Sara Valencia fue a vivir Amalia Arozco, pero sin que ésta tuviera derecho de propiedad en el inmueble; que muerta Sara Valencia se le adjudicó en la sucesión de ella a Alejandrino Rodríguez la casa y el solar precitados; que el Tribunal sentenciador prescindió de apreciar las pruebas llevadas por él a este juicio sobre tales hechos o las apreció indebidamente; que interpretando erróneamente la demanda, no falló en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes e incurrió en error de derecho por no haberle reconocido valor de plena prueba a la escritura de protocolización del juicio mortuorio de Sara Valencia, donde aparece adjudicado a Alejandrino Rodríguez el inmueble materia de la demanda, con todo lo cual se violaron múltiples disposiciones legales, "al haber dado preferencia a los títulos de la González sobre los de Rodríguez".

Estas proposiciones aparecen desarrolladas en un largo alegato dividido en tres partes así: resumen de los hechos, estudio de la segunda causal del artículo 520 del C. J. y estudio de la causal 1ª del mismo ártículo. Esta última parte que es la más detallada se subdivide a su vez en cinco capítulos como adelante se verá.

CAUSAL SEGUNDA: "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Sostiene el actor que el Tribunal "dejó de considerar y fallar (son sus palabras) la súplica 1ª de la demanda que es el punto principal de la controversia, o sea que María Antonia González no tiene derecho al solar en mención a título de cultivadora y, por ende, que se le niegue la adjudicación; y porque el Tribunal no apreció como hecho fundamental del litigio el marcado con la letra c), o sea que la causante Sara Valencia adquirió el inmueble por compra, según la escritura 326 de nueve de febrero de mil ochocientos noventa y dos y por haber construído las edificaciones a sus expensas".

Agrega el recurrente que el Tribunal sentenciador, "en la parte motiva de su fallo, no entró a considerar la súplica 1ª, ni hace referencia a ella en la sentencia, omitiendo en esta forma decidir sobre esa petición".

Al exponer los antecedentes de este recurso o la historia del pleito se aludió a la parte resolutiva de las sentencias de primera y segunda instancia. La del Tribunal dice de modo enfático que "confirma íntegramente" el fallo del juez; y éste dijo en forma inequívoca, en su parte resolutiva: "No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas por Álejandrino Rodríguez en su demanda ordinaria de oposición a la adjudicación de un baldío... y por cnosiguiente se absuelve

a la demandada, señora María Antonia González de García de todos los cargos allí formulados".

Aún atendiendo sólo a la manera como está formulada la parte resolutiva de los fallos de instancia, resulta que ella abarca todos los puntos propuestos en la demanda.

Además, se ve que al acusar la sentencia del Tribunal por el segundo de los motivos de casación que reconoce el artículo 520 del Código Judicial lo que en realidad sostiene el apoderado de Alejandrino Rodríguez no es la incongruencia entre el fallo y la demanda sino la cuestión misma de fondo relativa a la prueba de su mejor derecho al inmueble a cuya adjudicación como baldío se opone el recurrente.

Y por último: como la Corte ha expresado en varias sentencias de casación, siendo absolutorio el fallo de instancia no es pertinente invocar contra él la causal de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes si, como ocurre en el caso de que ahora se trata, las peticiones han sido negadas en su totalidad.

Ahora: si el cargo de incongruencia se basa en que la motivación del fallo fue deficiente o en que el Tribunal sentenciador no tuvo en cuenta una prueba o dejó de atribuírle el valor esencial que el recurrente le asigna, o en que violó la ley sustantiva, entonces el cargo resulta exótico en la causal 2ª de casación y se desplaza hacia la causal 1ª que la Corte pasa a examinar.

Causal Primera: Dice el recurrente

"...acuso el fallo del Tribunal Superior de Pereira por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, porque en mi sentir éste, en la sentencia, violó la ley sustantiva por infracción directa, ora por aplicación indebida e interpretación errónea; como por violación de la misma por apreciación errónea, por falta de apreciación de las pruebas que obran en el proceso y con lo cual incurrió el Tribunal en errores de derecho y de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos".

La extensa alegación del recurrente acerca de esta causal aparece dividida en cinco capítulos así: "error de hecho evidente en la apreciación e interpretación de la demanda"; error de derecho; error de hecho por falta de apreciación de las pruebas; otro capítulo titulado también "error de derecho", y uno final denominado "violación de la ley sustantiva".

Examen de los cargos

"Error de hecho evidente en la apreciación e interpretación de la demanda".

Dice el recurrente que la sentencia adolece de error de hecho en cuanto a la interpretación de la demanda porque en la 1ª súplica del libelo se solicitaron del Juez dos declaraciones: a) que no era el caso de adjudicar a María Antonia González el solar a título de cultivadora y que debía negarse por ende tal adjudicación; y b) que el demandante es dueño en pleno dominio del terreno y de las edificaciones en él levantadas. Y alega que el Tribunal omitió el estudio de la primera de estas cuestiones o súplicas, limitándose a considerar las restantes, con lo cual "dejó de fallar implícitamente en el punto principal de la controversia", dice el recurrente.

Observa la Corte: como la sentencia del Juez decidió rotundamente que "no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas por Alejandrino Rodríguez en su demanda ordinaria de oposición a la adjudicación de un baldío... y por consiguiente, se absuelve a la demandada señora María Antonia González de García de todos los cargos allí formulados", resulta inexacto o impropio decir que la sentencia "dejó de fallar implícitamente en el punto principal de la controversia". El reparo, si cupiera, podría ser en este caso cabalmente el contrario: que se falló implícitamente acerca de algún punto de la demanda.

Y puesto que el Tribunal confirmó sencillamente y sin restricción alguna el fallo del Juez, no puede aceptarse la tesis de que la sentencia recurrida dejara sin decidir "el punto principal de la controversia".

El Tribunal planteó la cuestión en términos nítidos que pueden resumirse así: Alejandrino Rodríguez se opone a la adjudicación que María Antonia González solicita de un lote como terreno baldío; funda la oposición en que él, Rodríguez, es dueño y poseedor de tal terreno; el Tribunal no encuentra demostrados tal dominio ni posesión y, por consiguiente, "su aserto de mejor derecho a la adjudicación del baldío (son palabras del Tribunal), carece de base respetable y en consecuencia la absolución de la demandada se impone..."

Con esta motivación en que se considera expresamente, aunque para desecharla por falta de pruebas, la solicitud principal del actor: de que no se adjudique a María Antonia González el terreno que solicita como baldío, es palmario que la sentencia recurrida sí decidió acerca "del punto principal de la controversia" y así, la acusación del recurrente es infundada en cuanto a este particular, acusación que, por otra parte, viene siendo en el fondo la misma con que se quiso sustentar la causal 2ª y que ya quedó analizada.

Alega en este mismo capítulo el recurrente que en el pleito se ha discutido no sólo que la señora María Antonia González de García carece de derecho a la adjudciación del baldío, sino también otro punto, a saber: que Sara Valencia, antecesora del demandante, adquirió por varios títulos el dominio y la posesión del terreno en disputa y que, en cambio, Amalia y Evangelina Orozco, causantes o antecesoras de la demandada en este juicio, no poseyeron tal finca y antes bien, la última de ellas la ocupó de manera violenta unos tres años antes de iniciarse la presente acción judicial.

Observa la Corte: puede suceder que la sentencia del Tribunal sea demasiado sintética pues no se extiende a espacio sobre cada uno de los puntos de derecho y de pruebas que las partes controvirtieron; pero no obstante la concisión quizá excesiva de ella, es lo cierto que allí se contempla, se expresa y se decide la cuestión que el recurrente echa menos: dos páginas emplea el Tribunal en comparar el derecho que pueda asistir al demandante como sucesor de Sara Valencia con el de la demandada como sucesora de las Orozcos; considera "de superior calidad" (dice) las pruebas de ésta que las de aquél; y aún llega a concluir que en el supuesto de que las pruebas de una y otra parte sean de valor igual, deficiente por ende, siempre habría de absolver a la González por cuanto la carga de la prueba incumbía al actor y éste no logró llevarla de modo satisfactorio.

El Tribunal sí consideró, pues, la cuestión propuesta por el demandante sobre dominio y posesión de la antecesora de Alejandrino Rodríguez.

No carece de interés observar que en este capítulo de la demanda se queja el recurrente de que el Tribunal hizo caso omiso de un hecho controvertido y fundamental del que surgen los derechos que como a "colona-edificadora" le corresponden a Sara Valencia (antecesora del actor) y le da preferencia sobre cualquiera otro a la adjudicación, derecho que transmitió a sus causahabientes.

Con esta alegación está reconociendo el actor-recurrente que el terreno de que se trata es baldío, lo cual hace inocuo su argumento de que es dueño y la acusación contra la sentencia por no haber decidido acerca de este punto y en favor suyo.

Y también dice en este capítulo que la demandada o sus antecesores venían ocupando —violentamente según él, pero que venían ocupando— el fundo de que se trata.

Es decir, el propio recurrente acepta que es baldío el terreno cuya adjudicación ha pedido María Antonia González de García, y admite que ésta y sus antecesoras son ocupantes de dicho terreno, aunque considera que la ocupación fue violenta y agrega que ella data desde tres años antes de presentar su demanda.

"Error de derecho por mala interpretación de la demanda al no reconocer a Alejandrino Rodríguez la condición de poseedor que le señalan los artículos 65 y 79 del Código Fiscal y, por consiguiente, relevado de la prueba; ya que correspondería en este caso darla a la señora María Antonia González".

Para sustentar esta acusación contra la sentencia dice el demandante que las controversias entre colonos y adjudicatarios que todavía no tienen título de adjudicación, o entre colonos y terceros, se resuelven por las reglas y procedimientos del Código Fiscal; que el artículo 79 de éste ampara al cultivador o colono con una presunción de modo que quien demuestre que ha cultivado o edificado no necesita ninguna otra prueba "para la preferencia o mejor derecho a la adjudicación". Agrega que factor tiempo da derecho a la preferencia y que las pruebas (inclusive confesiones de las Orozcos, antecesoras de la demandada) demuestran que Sara Valencia (antecesora del demandante) "ocupó con antelación... a ellas", dice el recurrente.

De todo lo cual concluye la demanda de casación que no habiendo tenido en cuenta el Tribunal estas pruebas, ni otras sobre actos de dominio de la Valencia, no les dio el valor que les asignan los artículos 1959 y 1769 del Código Civil y 606 y 697 del Código Judicial violándolos así indirectamente.

Arguye en esta parte el recurrente que el error de apreciación sobre el verdadero poseedor obe-

dece a que procesalmente (y en apariencia) tiene el carácter de demandante; pero sustantivamente le corresponde la condición de opositor con presunción que en su favor establecen los artículos 79 del Código Fiscal y 762 del Código Civil; que María Antonia González de García tenía que desvirtuar esta presunción legal y demostrar que ocupaba; y que, al exigir el Tribunal a Alejandrino Rodríguez la carga de la prueba, violó indirectamente el artículo 1757 del Código Civil por errónea interpretación.

Observa la Corte:

No podría aceptarse el precedente de que si uno se presenta a pedir la adjudicación de un terreno baldío como ocupante y otro se opone a la adjudicación haya de presumirse que éste y no aquél sea el verdadero ocupante.

La ley da derecho al ocupante a que se le adjudique el terreno pero no presume que sea ocupante el que se oponga a la adjudicación y por el solo hecho de oponerse.

En el caso de que ahora se trata ocurre que cuando María Antonia González de García pidió ante la Gobernación de Caldas que se le adjudicara como baldío el solar, presentó unas declaraciones según las cuales el terreno había sido ocupado por Evangelina y Amalia Orozco; y adujo copia registrada de la escritura pública por medio de la cual le transfirió aquella el derecho de dominio sobre la edificación levantada en dicho lote.

Al oponerse Alejandrino Rodríguez a que se hiciera la adjudicación dijo, entre otras cosas, en su demanda, que debía restituir la finca con sus frutos naturales y civiles "desde el día en que la detentaron u ocuparon por la fuerza, o en forma clandestina" la demandada y sus antecesoras, ocupación que en su alegato ante la Corte hace remontar el recurrente a una época anterior en tres años a la presentación de la demanda.

De manera que el propio actor recurrente admite que la demandada es ocupante del baldío aunque con ocupación violenta pero al fin y al cabo ocupación.

Y en el caso de que tanto el actor como la demandada hayan sido ocupantes, a uno y otro podría haberles asistido derecho a pedir la adjudicación como lo decidió —verdad sabida y buena fe guardada— el Juez de Tierras de Pereira en el fallo que luego fue anulado.

No resulta entonces por parte alguna que el Tribunal sentenciador violara las normas legales sobre carga de la prueba ni las que regulan la apreciación de ésta.

"Error de hecho por falta de apreciación de las pruebas".

Copia el recurrente unos pasajes de la sentencia en los cuales dice el Tribunal que el título traído al juicio por Alejandrino Rodríguez lo fue en la etapa surtida ante el Juzgado de Tierras, etapa que se declaró nula y que por lo mismo, la escritura aducida durante ella "carece de valor probatorio"; que el hecho de figurar Alejandrino Rodríguez como adjudicatario en la sucesión de Sara Valencia no prueba el derecho de Rodríguez porque "en este litigio, dice la sentencia, se discuten títulos aun anteriores a los que provienen del juicio sucesorio, pues así lo planteó Alejandrino Rodríguez", de donde deduce el sentenciador que aquel no ha demostrado el derecho de dominio de Sara Valencia ni, por consiguiente, el suyo; que la posesión material tampoco aparece demostrada en favor de Alejandrino Rodríguez, pues si éste adujo declaraciones de testigos "para esclarecer los actos de dominio que ejercitara en dicha propiedad la causante Sara Valencia", también María Antonia González de García trajo pruebas de la posesión de ella y de sus causantes las Orozcos; y que comparadas las pruebas resultan "de superior calidad" las de la demandada, por el modo directo como los testigos que declaran en su favor presenciaron los hechos.

El recurrente transcribe los párrafos cuya síntesis acaba de hacerse, con el objeto de formular contra ellos como catorce reparos (algunos repetición de otros), que pueden resumirse así: "la manera relámpago" de ver las pruebas, no permitió al Tribunal comparar las fechas de los registros de escrituras y darse así cuenta de que el título de Alejandrino Rodríguez fue registrado primero que los de María Antonia González; tampoco examinó detalladamente el Tribunal cada una de las declaraciones y especialmente las repreguntas a los testigos de la demandada, ni las confesiones de ella y de su causante la Orozco, ni los comprobantes oficiales de haber sido Sara Valencia y sus causahabientes quienes han pagado los impuestos correspondientes al predio en cuestión. Y agrega algunas otras consideraciones tendientes a demostrar que su título es mejor que el de la demandada, que el Tribunal erró de hecho al no apreciarlo así, y que con ello violó indirectamente estos artículos del Código Civil: 673, 752, 756, 757, 778, 789 y 2674.

Este cargo y el siguiente deben, por razón de método, apreciarse conjuntamente, pues en el fondo son uno mismo bajo dos denominaciones.

Error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Siete puntos plantea la demanda de casación acerca de este cargo contra la sentencia, a saber: que el Tribunal no le reconoció el valor de plena prueba, como ha debido hacerlo, a la escritura de protocolización del juicio mortuorio de Sara Valencia, juicio en el cual se le adjudicó a Alejandrino Rodríguez el inmueble de que se trata; que con ello se violaron los artículos 673, 740, 745, 756, 757, 765, 778, 783, 785, 789, 1008, 1759; 2673 y 2674 del Código Civil; que erró el Tribunal cuando en cambio le atribuyó valor de plena prueba a la escritura pública por medio de la cual Evangelina Orozco transfirió a María Antonia Gnozález a título de venta la casa ameritada, así com también cuando le dio el carácter de plena prueba al acto de partición de la mortuoria de Amalia Orozco donde aparece adjudicada a María Antonia González la mitad del inmueble en cuestión, apreciaciones del Tribunal con las cuales se violaron los artículos del Código Civil arriba citados "al haber dado preferencia a los títulos de la González sobre los de Rodríguez".

Alega también que hubo error de derecho por no haber reconocido carácter de plena prueba a las confesiones que dice el recurrente hicieron las Orozcos en memoriales que obran en el juicio de sucesión de Sara Valencia y en un juicio divisorio del inmueble; por no haber reconocido valor probatorio a las certificaciones del Tesorero Municipal y del Jefe de Estadística de Armeuia con las cuales se propuso acreditar el demandante que era Sara Valencia quien pagaba los impuestos de la finca; y por cuanto no se reconoció valor probatorio a las declaraciones presentadas por Alejandrino Rodríguez y sí a las que adujo María Antonia González lo cual implica errónea interpretación de los artículos 697, 702 y 701 del Código Judicial.

Como se ve, toda la argumentación de estos dos capítulos, que a pesar de sus motes diferentes repiten los mismos cargos contra la sentencia, se basa en la tesis de que Alejandrino Rodríguez es dueño del terreno disputado porque lo adquirió como adjudicatario en la mortuoria de Sara Valencia quien, a su vez, había adquirido por compra a Ramón Londoño, todo lo cual aparece de escrituras registradas que obran en autso. Y como la demandada María Antonia González de García también trajo al juicio escritura pública de transferencia del dominio hecha a su favor, el recurrente alega que entre los dos títulos hay que darle preferencia al de Alejandrino Rodríguez por ser de fecha anterior.

Observa la Corte:

Estos cargos de error en la apreciación de las pruebas están involucrando otro que quizá sea el que ha tenido como esencial el autor de la demanda de casación al acusar la sentencia por no haberse atenido el Tribunal, para dirimir la cuestión, a las escrituras públicas presentadas como títulos de dominio.

De esta manera, al alegar violación indirecta de la ley por el menosprecio de pruebas lo que en realidad se sostiene es que el sentenciador violó directamente la ley por cuanto desconoció el derecho del demandante, emanado de los títulos de propiedad que presentó.

Pudo haber errado el Tribunal cuando dijo que el instrumento público de adjudicación en la mortuoria de Sara Valencia no podía tenerse en cuenta como prueba por hallarse incluído en la actuación que se declaró nula. El opositor reconoce en su alegato ante la Corte que ese es un punto débil de lá sentencia recurrida y que el instrumento público registrado que el actor dice haber menospreciado el Tribunal, en realidad fue una prueba pedida dentro del término probatorio de la primera instancia.

Pero esa errónea apreciación del sentenciador no sería suficiente para que la Corte invalidara el fallo, porque el actor acepta que la litis versa sobre un terreno baldío y así la prueba, que formalmente es de indiscutible valor, carecía de él en este caso particular por no ser pertinente a la demostración del hecho que el origen mismo de la acción ha destacado como el fundamental.

De suerte que resulta infundado este cargo de error en la apreciación de las pruebas el cual incide también (como el de incongruencia entre el fallo y las pretensiones aducidas por las partes) en el de violación directa de la ley sustantiva que en realidad es el sostenido por el recurrente en todos los capítulos de su alegato, aunque le da diferentes denominaciones, cargo que ya ha llegado el momento de examinar.

Violación de la ley sustantiva

Alega el demandante que la sentencia acusada quebrantó directamente los artículos 65 y 66 del Código Fiscal, el 1º de la Ley 34 de 1936 y el 7º de la Ley 98 de 1928, por cuanto no tuvo en cuenta que Sara Valencia adquirió como edificadora la propiedad del terreno y la "prelación o preferencia sobre la edificación y el terreno, sobre cualquiera otro ocupante"; que infringió el artículo 10º de la Ley 51 de 1917 según el cual deberá reconocerse al colono o edificador la extensión ocupada, "sin podérsele exigir al ocupante título de propiedad"; que violó los artículos 669, 673, 685, 740, 745, 756, 759, 764, 765; 783 y 789 del Código Civil, al no reconocer el dominio de Alejandrino Rodríguez, adquirido por la adjudicación que se le hizo en la mortuoria de Sara Valencia y por la inscripción del correspondiente título; que violó la ley sustantiva al reconocer derechos a María Antonia González puesto que Amalia Orozco, causante de ella, no le pudo transferir nada porque nada tenía, como la misma Orozco confesó, de lo cual resulta especialmente violado el artículo 752 del Código Civil; que también violó los artículos 775 y 791 del Código Civil, "por cuanto las expresadas Orozcos sólo ocupaban la casa a título precario, como huéspedes y amigas de la Valencia"; y que infringió los artículos 946, 947, 961, 963 y 964 del Código Civil por cuanto no reconoció en favor de Alejandrino Rodríguez el carácter de dueño ni ordenó la restitución en favor suyo del inmueble con sus frutos naturales y civiles. Termina esta última parte del alegato diciendo: "la esñora González de García a lo más que pudo aspirar es a que se le pague la parte de la edificación nueva..."

Fácilmente se nota que las alegaciones contenidas en esta parte del alegato repiten los mismos argumentos y citas legales hechas en anteriores capítulos. Con la circunstancia de que hay aquí alegaciones contradictorias como la de sostener que se violó la ley porque no se reconoció a Sara Valencia el derecho de propiedad sobre el terreno, cuando al propio tiempo se sostiene que hubo quebranto de las disposiciones del Código Fiscal porque no se le reconoció a la misma Sara Valencia (hoy Alejandrino Rodríguez) el derecho de preferencia sobre cualquier otro ocupante para adjudicarle el terreno, es decir, el baldío.

Sobre este último capítulo la Corte considera:

Quizá por lo extenso del alegato de casación a menudo se encuentran repetidos en ella los mismos conceptos, tesis, argumentos y citas legales. Así esta parte final de la demanda vuelve a insistir en que la sentencia violó los artículos del C. C. que tratan de la tenencia, la posesión, el derecho de dominio y los modos de adquirir éste, entre ellos la ocupación, y la tradición por instrumento público registrado. Y que violó los artículos del mismo Código relativos a la acción reivindicatoria y a las prestaciones que cuando ella prospera incumben al poseedor de mala fe.

Esta última alegación resulta acorde con la súplica 3ª de la demanda la cual pide se condene a María Antonia González de García "a restituir al demandante la finca en mención, con sus frutos naturales y civiles, desde el día en que la (sic) detentaron u ocuparon por la fuerza, o en forma clandestina, hasta que se haga la restitución".

De esta manera la demanda y los alegatos de la parte actora sientan como una de las bases del litigio que María Antonia González tiene en su poder el lote de terreno, como también lo tuvieron en años anteriores sus antecesoras las Orozcos.

Bien sabido es que la adquisición de esta clase de bienes está sujeta a un régimen jurídico especial.

La ocupación, modo de adquirir el dominio de los bienes regulados por el Código Civil, también origina el derecho de propiedad sobre terrenos baldíos.

Pero al paso que en el Derecho Civil común la ocupación con ánimo de dueño origina posesión y ésta hace presumir dominio o lo engendra por el transcurso de tiempo (prescripción adquisitiva), en el régimen legal sobre baldíos la sola ocupación no funda dominio, entre otras razones, porque los baldíos no pueden adquirirse por prescripción (artículo 61 del Código Fiscal).

Así, para adquirir derecho de propiedad sobre un terreno baldío se necesita título de adjudicación el cual se obtiene o a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo.

Tal vez no sea inoficioso advertir que el régimen legal de tierras baldías hace distinción entre predios rústicos y predios situados dentro del perímetro de las poblaciones. La adjudicación de estos últimos puede originarse no ya en el cultivo sino en la construcción de edificios (artículo

de la Ley 98 de 1928, 1º del Decreto 297 de 35 y 7º del Decreto-Ley 1415 de 1940).

Ahora: cuando se solicita la adjudicación de un rreno baldío, si alguno se opone a ella diciénse dueño, es obvio que el solicitante (y demanado) no tiene que aceptar el debate —como en neral hay que hacerlo en juicio de reivindicación— sobre el punto de que el terreno sea de u propiedad. Y mal podría el demandado situar e esa manera la contienda puesto que al solicitar e le adjudique como baldío, parte del supuesto e que tal terreno carece de dueño.

Por ende, en la acción judicial del que se opone la adjudicación el punto que se ventila no es el e cuál de los dos —solicitante u opositor— sea ueño, sino el de cuál de los dos tiene mejor derecho a la adjudicación, a menos que se controvierta la calidad misma de baldío y se afirme que l terreno es un bien de propiedad privada.

En el caso del presente recurso de casación ambas partes manifiestan en sus alegatos que se trata de un baldío, luego la acción reivindicadora era improcedente y el punto que debía decidir y decidió el Juez era el de si quien ha solicitado la adjudicación tiene o no derecho para pedirla.

La realidad parece ser que tanto Sara Valencia como las Orozcos ocuparon el terreno; que a expensas de aquella y de éstas se hizo una edificación allí; y que luego a expensas de María Antonia González de García se hizo otra edificación complementaria o tramo nuevo de la casa y se efectuaron reparaciones en la parte edificada antes.

Ello explica la sentencia salomónica que profirió el Juez de Tierras de Pereira (fallo que luego se declaró inválido). Pero el Tribunal como Juez de puro derecho y fallando según las normas comunes (no según las de la ley de tierras) tenía que limitarse a decidir sobre las súplicas de la demanda.

Ahora: al Juez de Circuito y al Tribunal sólo incumbía decidir si María Antonia González tiene o no derecho a solicitar que se le adjudique el baldío. Y como sí lo tiene, la tesis excluyente de Alejandrino Rodríguez no podía prosperar, como tampoco puede prosperar, con fundamento en esa tesis, el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira fechada el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, que confirmó la del Juez Civil del Circuito de Armenia en el juicio ordinario promovido por Alejandrino Rodríguez contra María Antonia González de García sobre oposición a la adjudicación de un baldío.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO

En el caso de autos, si se atiende sólo a lo dispuesto en el ordinal 17 del artículo 1068 del Código Civil, en armonía con el 11 de la ley 95 de 1890 y el 1191 del mismo código, y considerando que la mentada confesión del testador envuelva un legado gratuito en favor del testigo Vallejo, ya que éste declaró en relación con ese hecho que no tiene prueba alguna escrita distinta del testamento, la inhabilidad del testigo sería manifiesta, determinando como consecuencia la nulidad del testamento; pero si se toma en cuenta lo estatuido en los artículos 1119 y 1120 del C. C., la solución tiene que ser distinta, porque de otro modo, en un caso como el presente, carecería de operancia y de sentido práctico el artículo 1119 del Código Civil, pues si se admite la conclusión de que en razón de los dos textos legales primeramente citados el testamento es nulo en su totalidad, ningún alcance tendrían los artículos 1119 y 1120 que se limitan a declarar que no vale la disposición testamentaria en favor del acreedor, en este caso testigo, cuyo crédito no conste sino por el testamento. Si se invalida todo el testamento de consiguiente quedaría invalidada la declaración testamentaria en favor del testigo acreedor y ello determinaría la inoperancia e ineficacia de los citados artículos 1119 y 1120. Por consiguiente, presentándose esa incongruencia en los referidos textos legales habría que desatarla, según conocidas reglas de hermenéutica legal, tratando de buscar la armonía y debida correspondencia entre ellos, o, ya que forman parte de un mismo código, prefiriendo la disposición relativa a un asunto especial a la que tenga carácter general, y todo ello lleva como de la mano a admitir como la más jurídica la interpretación que acepte que en un caso como el contemplado en autos sólo se produce la invalidez de la disposición testamentaria en favor del testigo cuyo crédito no conste sino por el testamento y no la de la totalidad de éste, en razón de la consiguiente habilidad del testigo para servir como tal. Tal ha sido la doctrina de la Corte en un caso idéntico al que ahora se contempla.

2.—No todas las solemnidades a que está sometido el otorgamiento de un testamento abierto deben constar expresamente en él, pues en tratándose de un acto de esa naturaleza tal requisito sólo es exigido por mandato de la ley para las circunstancias de que tratan los artículos 1073, 1075, en sus incisos 2º y 3º, y 1076 del Código Civil, y en cuanto a las demás, si en verdad debe ser aconsejable y conveniente que ellas consten en el propio testamento, la ley no lo ha requerido así expresamente, por lo cual el hecho de que en él no conste su cumplimiento no es determinante de nulidad, pues, como lo ha sostenido la Corte en repetidas ocasiones, los documentos públicos o auténticos llevan en sí la presunción de haberse otorgado legalmente, hasta tanto que no aparezca de manifiesto o no se acredite lo contrario por quien alega alguna omisión fundamental.

3.—La misma ley permite que el testamento se escriba previamente, o en uno o más actos sin que requiera la concurrencia a ellos de tales personas, pues tal exigencia sólo es de imperativo cumplimiento cuando se realiza la lectura de las disposiciones testamentarias.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintitrés (23) de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

Por escritura pública número 48, de diez de junio de mil novecientos cuarenta y uno, corrida ante el Notario Público del Circuito del Retiro, Departamento de Antioquia, y los testigos instrumentales señores Vicente Vallejo M., Francisco Eladio Botero y Pedro José García, el señor Antonio Ochoa Vélez otorgó testamento solemne y abierto, en el cual dispuso la manera como debían distribuirse sus bienes después de su muerte.

Ocurrida ésta, las señoritas Inés y Ana Luisa Ochoa M., invocando la calidad de herederas abintestato del causante como sus sobrinas legítimas, entablaron sendos juicios ordinarios, los que más tarde fueron debidamente acumulados, para que por sentencia definitiva se declarara por el señor Juez del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de La Ceja, que el referido testamento es nulo y sin valor legal y que, como consecuencia de esa declaratoria, se les reconociera tanto a ellas como a las otras personas cuyos nom-

bres y apellidos designan en sus demandas la condición de herederos del finado señor Ochoa Vélez.

Como hechos fundamentales de ambas demandas se adujeron los siguientes:

"Primero. El 10 de junio del corriente año, el señor Antonio Ochoa, trató de consignar su última voluntad, otorgando testamento abierto ante el Notario del Circuito del Retiro, dictando sus disposiciones en forma verbal, pues no presentó escrito alguno.

"Segundo. El testador dictó su testamento al Notario, pero en ese acto no estuvieron presentes todos los testigos que firmaron después con el funcionario en calidad de tales.

"Tercero. El acto de dictar el testador sus disposiciones, tuvo lugar en una casa situada en las afueras de la población del Retiro y el Notario se retiró al centro de la población a redactarlo sobre apuntes tomados por él, y cuando hubo terminado regresó al lado del testador que se hallaba gravemente enfermo y se procedió a leerlo y firmarlo con testigos elegidos en ese momento.

"Cuarto. No todas las disposiciones testamentarias fueron tomadas de los apuntes notariales, pues se agregaron algunas recordadas y de las cuales no se había tomado nota.

"Quinto. Entre las disposiciones testamentarias hay una, la cláusula Cuarta, en la cual el testador reconoce que varias reses de las que hay en su finca, son de propiedad del testigo Vicente Vallejo, quien no tiene prueba distinta de ese reconocimiento sobre lo allí declarado.

"Sexto. Ni en la enumeración de bienes ni en la disposición que hace el testador de algunos bienes raíces, se determinan éstos por sus linderos ni en otra forma que sirva para identificarlos, distinta de sus nombres, lo que hace imposible cumplir lo dispuesto en el testamento sobre bienes raíces.

"Séptimo. El testador murió el 19 de junio del corriente año y no dejó ascendientes ni descendientes de ninguna clase.

"Octavo. He sido reconocida como heredera del finado Antonio Ochoa Vélez, por auto de fecha tres de septiembre del corriente año, dictado por usted en el juicio de sucesión que se adelanta en su Oficina".

Admitidas que fueron ambas demandas se dio traslado de ellas a todas las personas señaladas por las actoras como demandadas, y surtidos los juicios acumulados mediante los trámites de rigor, el señor Juez de primera instancia los decidió en sentencia de diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual no accedió a lo pedido, y en cambio declaró válido el testamento cuya nulidad se solicitaba.

Sentencia acusada

Como las demandantes no se conformaron con esa decisión apelaron de ella para ante el Tribunal Superior de Medellín, el cual después de haber preparado la instancia en debida forma, profirió su sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, en la que confirmó el fallo apelado.

Le sirvieron de fundamento a la decisión del Tribunal los argumentos que a continuación se sintetizan: a) que no determina la nulidad del testamento el hecho de que todos los testigos que lo firmaron no hubieren estado presentes en el acto en que el testador dictaba al Notario las bases para su testamento, porque lo que en su concepto era esencial para la validez del mismo es que las disposicionte testamentarias una vez redactadas debidamente conforme a las instrucciones del testador sean leídas de viva voz en presencia de éste, del Notario y de los testigos y que mientras esa lectura se cumple hasta cuando se aprueba y firma el testamento estén todos presentes, testador, Notario y testigos, en el mismo acto, y que estos requisitos tuvieron debido cumplimiento, según así se desprende de la propia escritura pública contentiva del testamento y de las declaraciones uniformes rendidas por el Notario y los testigos instrumentales. Tal conclusión la deduce el Tribunal de lo dispuesto en los artículos 1072 y 1074 del Código Civil; b) en cuanto a la alegación formulada por el apoderado de las demandantes en el resumen escrito de sus alegaciones de que no consta en el testamento "que el testador haya manifestado que la escritura que se leyó a los testigos contuviera su última voluntad" considera el Tribunal que ella no constituye una objeción seria, pues dice que en el testamento otorgado por Ochoa Vélez aparece que éste manifestó su deseo de "otorgar su testamento o última voluntad" y que por otro lado fuera de las circunstancias que los artículos 1075 y 1076 del Código Civil exigen que se mencionen en el testamento, no es imprescindible para la validez del mismo que se expresen otras; c) interpretando los artículos 1068, numeral 17, 1119, 1120 del Código Civil, sostiene que

no es causal de nulidad del testamento la circunstancia de que el testador declare en él la existencia de un crédito a favor de uno de los testigos y del cual no haya, por otra parte, un principio de prueba por escrito, pues ello lo que da lugar es a la invalidez de esa disposición testamentaria, pero no a la del testamento; y d) que no es causal de nulidad de un legado de bienes raíces la circunstancia de que no se expresen en el testamento los linderos de éstos, pues basta para su eficacia que la cosa legada pueda identificarse debidamente, como ocurre en el caso de autos

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de las demandantes y por encontrarse ya debidamente preparado, procede la Corte a decidirlo.

El recurso

Con fundamento en la causal contenida en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial formula el recurrente tres cargos contra la sentencia, los cuales desarrolla en los respectivos capítulos del libelo de casación, y a cuyo estudio se procede en el orden en que han sido propuestos.

a) Sostiene el recurrente que la sentencia ha reconocido pleno valor a la prueba testimonial aducida en favor del testamento a pesar de que el testigo instrumental señor Vicente Vallejo M. carece de imparcialidad y ha incurrido en manifiestas contradicciones en las varias declaraciones rendidas en el proceso y que al proceder así el Tribunal "dejó de apreciar esa prueba, o hizo una mala apreciación de ella, incurriendo en error de derecho al no aplicar el artículo que dejo citado (el 701 del C. J.), o en un error de hecho al no calificar este testimonio y darle el valor negativo que le corresponda", violando con ello los artículos 701 del Código Judicial, 1068, ordinal 17, 1070 del Código Civil.

Este cargo lo fundamenta el recurrente en que dicho testigo se ha contradicho notoriamente, en su concepto, en las varias declaraciones rendidas en el proceso como así intenta demostrarlo transcribiendo algunos de los pasajes de ellas y porque en el testamento le resulta un crédito a su favor por una determinada cantidad de ganado vacuno sobre cuya propiedad, el testigo carece de pruebas distintas de la que aparece en dicho instrumento.

La Corte considera:

En cuanto al error de derecho que el recurrente le imputa a la sentencia en razón de que dejó de apreciar la prueba resultante del testimonio de Vallejo, es notorio que carece de todo fundamento, pues en contrario de lo que dice el recurrente largos apartes de la sentencia están dedicados expresamente a considerar ese testimonio. Y por lo que respecta a ese mismo error, resultante de la mala apreciación de la prueba en cuanto ésta carece de eficacia legal a la luz del artículo 701 del Código Judicial ha de observarse que lo que ocurre en relación con las deposiciones rendidas por el testigo Vallejo es que en su segunda declaración es más explícito que en la primera sobre circunstancias no fundamentales en el caso de autos; pero en cambio es evidente que sobre el hecho esencial de haberse encontrado presente junto con los demás testigos y el testador en todo el acto en que era leído, aprobado y firmado el testamento, existe una completa uniformidad en las declaraciones rendidas por Vallejo.

En cuanto a la tacha de inhabilidad que al mismo testigo Vallejo se le imputa por encontrarse en el caso previsto en el ordinal 17 del artículo 1068 del Código Civil que establece que no podrán ser testigos de un testamento solemne "los herederos y legatarios, y en general, todos aquellos a quienes resulte un provecho directo del testamento", se observa lo siguiente:

En la cláusula cuarta del testamento al hacer el testador señor Ochoa Vélez la relación de bienes de su propiedad dice que en el potrero "El Carmen" pastan los siguientes animales ajenos: nueve reses de don Vicente Vallejo;..." Y refiriéndose a este particular el sentenciador se expresó así:

"El artículo 1068 del Código Civil enumera entre las personas que no pueden ser testigos en un testamento solemne, a los herederos y legatarios, y en general, a todos aquellos a quienes les resulte un provecho directo del testamento. Más adelante el artículo 1119 de la misma obra dice: "No vale disposición alguna testamentaria a favor del notario que autorizare el testamento o del funcionario que haga veces de tal, o del cónyuge de dicho notario o funcionario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o sirvientes asalariados del mismo. Lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos".

"Y el artículo 1120 ibídem dice: "El acreedor cuyo crédito no conste sino por testamento será considerado como legatario para las disposiciones del artículo precedente".

"Con la lectura del testamento en la cláusula referida se observa que el testigo Vallejo no fue instituído heredero, ni legatario en ese acto. Si para reclamar de la herencia de Antonio Ochoa Vélez las reses que en la dicha cláusula se mencionan, no tiene otra prueba distinta del testamento mismo, ello quiere decir que en tal caso debe ser considerado como legatario, para los efectos de la disposición del artículo 1119".

"De tal suerte que el reconocimiento de un crédito en favor de un testigo, siempre que no conste ese crédito sino por testamento, se considera como legado para efecto de la disposición del artículo 1119, es decir, para invalidarlo, pero no preceptúa que en tal caso el testamento será nulo. Si la disposición en favor del testigo Vallejo es válida o no, es cuestión que no toca resolver aquí, porque ni sobre este punto específico versa la controversia ni el Sr. Vallejo concurre en este juicio como demandado".

La Corte encuentra que las apreciaciones del sentenciador alrededor del punto cuestionado no están descaminadas sino ajustadas a una adecuada interpretación de la ley. En efecto, si se atiende sólo a lo dispuesto en el ordinal 17 del artículo 1068, en armonía con el 11 de la Ley 95 de 1890 y el 1191 del Código Civil, y considerando que la mentada confesión del testador envuelva un legado gratuito en favor del testigo Vallejo ya que éste declaró en relación con ese hecho que no tiene prueba alguna escrita distinta del testamento, la inhabilidad del testigo sería manifiesta, determinando como consecuencia la nulidad del testamento; pero si se toma en cuenta lo estatuído en los artículos 1119 y 1120 del C. C. la solución tiene que ser distinta, porque de otro modo en un caso como el presente carecería de operancia y de sentido práctico el artículo 1119 del Código Civil pues si se admite la conclusión de que en razón de los dos textos legales primeramente citados el testamento es nulo en su totalidad, ningún alcance tendrían los artículos 1119 y 1120 que se limitan a declarar que no vale la disposición testamentaria en favor del acreedor, en este caso testigo, cuyo crédito no conste sino por el testamento. Si se invalida todo el testamento de consiguiente quedaría invalidada la declaración testamentaria en favor del testigo acreedor y ello determinaría la inoperancia o ineficacia de los citados artículos 1119 y 1120. Por consiguiente, presentándose esa incongruencia en los referidos textos legales habría que desatarla, según conocidas reglas de hermenéutica legal, tratando de buscar la armonía y debida correspondencia entre ellos, o ya que forman parte de un mismo código prefiriendo la disposición relativa a un asunto especial a la que tenga carácter general, y todo ello lleva como de la mano a admitir como la más jurídica la interpretación que acepte que en un caso como en el contemplado en autos sólo se produce la invalidez de la disposición testamentaria en favor del testigo cuyo crédito no conste sino por el testamento y no la de la totalidad de éste, en razón de la consiguiente habilidad del testigo para servir como tal.

Y esta ha sido la conclusión a que la Corte ha llegado anteriormente al dilucidar un caso idéntico al que ahora se contempla e interpretar los textos legales que se dejan citados. Con razones que esta Sala renueva y acoge en su totalidad por estimarlas estrictamente legales y pertinentes al punto controvertido, la Corte, en sentencia de Casación de seis de abril de mil ochocientos noventa y cinco, dijo lo siguiente:

"El artículo 1068 del Código Civil declara inhábiles para ser testigos en un testamento solemne a los legatarios, y el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que reemplaza al 1083 del mismo Código, no da valor al testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe sujetarse, con excepción de ciertas designaciones que no hay para qué mencionar, porque no atañen a esta cuestión. Si hubiera de atenerse sólo al precepto general establecido en la disposición que acaba de citarse, no quedaría duda sobre la nulidad del testamento atacado, porque el texto de la ley es claro y el hecho de haber sido nombrados legatarios los dos testigos mencionados es incontrovertible. Pero la sentencia del Tribunal sostiene que en el caso especial en que la inhabilidad de los testigos consista solamente en ser herederos o legatarios, no se anula todo el testamento, sino simplemente la disposición a favor de los testigos, porque esta es la sanción que para el caso impone el artículo 1119 del citado Código.

"Hay una verdadera incongruencia o incompatibilidad entre las dos disposiciones de que se trata, puesto que si atendiendo a la primera es nulo absolutamente el testamento en que interviene como testigo un heredero o legatario, la última no podría tener aplicación, porque siendo nulo todo el testamento, qué objeto había en declarar sin valor sólo una cláusula de él?

"En este conflicto entre dos textos de ley, uno que es general, porque comprende o abraza todos los casos en que se anula un documento de esta clase por omisión de formalidades prevenidas por la ley, y otro que reconoce implícitamente la validez del acto, puesto que sólo declara sin valor las cláusulas a favor de los herederos o legatarios, la Corte, después de maduro examen, juzga que la interpretación que ha dado a estas disposiciones el Tribunal del Pacífico es correcta y conforme con las más sanas reglas de hermenéutica.

"En efecto, según la regla primera, consagrada por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, si en los Códigos que por ella se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, debe preferirse la disposición relativa a un asunto especial a la que tenga carácter general, y es evidente que el precepto del artículo 1119 del Código Civil es especial si se compara con el del artículo 1083, reformado en parte por el 11 de la Ley 95 antes citada, porque este último comprende muchos casos o establece la sanción de nulidad para la omisión de cualquiera de las formalidades prevenidas por la ley, y aquél limita la nulidad a las cláusulas del testamento en favor de los testigos.

"No puede sostenerse que el artículo 1083, por haber sido reproducido en la Ley 95 con ligera modificación, es posterior al 1119, porque la doctrina contenida en uno y otro, respecto a la declaración de nulidad en general de los testamentos en que se omite alguna formalidad legal, es exactamente igual en ambos textos, y el objeto evidente del artículo 11 de la Ley 95, es sólo corregir el error en que se había incurrido en el 1083 del Código Civil, al citar el inciso 5º del artículo 1080 en vez del 4º.

"Por lo demás, atendiendo a la regla segunda del artículo 5º de la Ley 57 antes citada, la preferencia que debe darse a la disposición de artículo posterior sobre la del anterior en los casos en que haya incompatibilidad entre las de un mismo Código, no tiene cabida sino cuando las disposiciones tienen una misma especialidad o generalidad, de modo que la disposición especial prima sobre la general del mismo Código, aun cuando esta última esté en artículo posterior.

"Tratándose de leyes que establecen una pena civil, cual es la declaración de nulidad de un acto o contrato por falta de alguna formalidad a que debió sujetarse, la interpretación de la ley dudosa no debe ser extensiva sino restrictiva, y no habiendo absoluta certeza acerca de la intención de la ley, debe entenderse en el sentido que mejor cuadre con la razón natural y que respete más la voluntad presunta o conocida del legislador y del testador, y en el caso en cuestión es indudable que la prohibición establecida por la ley de que ciertas personas intervengan como testigos en el testamento solemne, tiene su fundamento en el provecho que esos mismos testigos derivan de él, y con invalidar las disposiciones a favor de los testigos queda cumplido el objeto que se propuso el legislador. Esta sanción, que es la que claramente reconoce el artículo 1119 del Código Civil, es la única que debe aplicarse en el conflicto que ocurre, pues no tendría objeto razonable en extenderla a disposiciones en que no milita la misma razón para declarar indebida la intervención de los testigos interesados sólo en lo que a ellos se refiere y sin motivo que les impida ser imparciales en lo que toca a otras personas".

Y esta es también la opinión muy autorizada del eminente comentarista de Derecho Civil Colombiano, don Fernando Vélez, como así puede verse en la exposición que al respecto hace en el número 327, pág. 224, del Tomo IV de su "Estudio Sobre Derecho Civil".

Por todo lo expuesto se rechaza el cargo que se ha considerado.

b) Afirma el recurrente que el Tribunal ha hecho en su sentencia "una apreciación errónea de la prueba testimonial, dando a las declaraciones de testigos, aun estando intachables, valor para establecer con ellas requisitos que la ley declara esenciales, siendo así que estos requisitos deben resultar del instrumento mismo pasado ante Notario, lo que no ha ocurrido" y que al proceder así el sentenciador violó los artículos 1068, 1070, 1072, 1073, 1074 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890. Al desarrollar este cargo en el capítulo II de su demanda de Casación, tomando en cuenta el artículo 1072 del Código Civil dice el recurrente que la ley "ha exigido mayor número de testigos de los requeridos en los actos notariales ordinarios y ha dispuesto de manera imperativa que el testamento sea presenciado en todas sus partes por el testador, un mismo Notario y por unos mismos testigos". "Todos estos detalles—agrega el recurrente—deben constar en la escritura de otorgamiento, pues no deben confiarse a la memoria de los testigos..."

La Corte considera:

De la transcripción literal que acaba de hacerse

del cargo que a la sentencia formula el recurrente, infiere la Sala que los requisitos esenciales que en sentir de éste deben constar por ministerio de la Ley en el testamento mismo y que, según agrega el mismo recurrente, han sido dados por suplidos por el Tribunal con prueba testimonial son los que se refieren al número de testigos que deben concurrir al acto del otorgamiento de un testamento abierto y a la circunstancia de que él hubiere sido presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo Notario y por unos mismos testigos; pero la simple lectura de la sentencia convence a la Sala que este cargo carece de todo fundamento, pues no es cierto que el sentenciador haya dado por establecido, mediante estimación de prueba testimonial, los requisitos a que alude el recurrente, pues por el contrario en el fallo recurrido se afirma que ellos constan del propio testamento. Y esto es lo que en realidad ocurre, porque de la Escritura de otorgamiento del testamento resulta expresamente que él se otorgó ante tres testigos instrumentales, los señores Vicente Vallejo M., Francisco Eladio Botero y Pedro José García y que además fue leído en alta voz por el Notario en presencia de los testigos ya citados y del testador, quien lo aprobó y firmó con ellos por ante el mencionado funcionario.

Por lo demás, no sobra advertir que no todas las solemnidades a que está sometido el otorgamiento de un testamento abierto deben constar expresamente en él, pues en tratándose de un acto de esa naturaleza, tal requisito sólo es exigido por mandato de la ley para las circunstancias de que tratan los artículos 1073, 1075, en sus incisos 2º y 3º, y 1076 del Código Civil y en cuanto a las demás, si en verdad debe ser aconsejable y conveniente que ellas consten en el propio testamento, la ley no lo ha requerido así expresamente, por lo cual el hecho de que en él no conste su cumplimiento no es determinante de nulidad, pues como lo ha sostenido la Corte en repetidas decisiones, los documentos públicos o auténticos llevan en sí la presunción de haberse otorgado legalmente, hasta tanto que no aparezca de manifiesto o no se acredite lo contrario, por quien alega alguna omisión fundamental.

"Un instrumento público —ha dicho la Corte— no deja de ser válido porque en él no se haya dicho que se cumplieron las formalidades exigidas para su validez, si la ley no ordena que se deje constancia en el instrumento del cumplimiento de ellas". (Casación, 30 de agosto de 1923).

"La ley exige que el testamento abierto sea leído en alta voz por el Notario cuando éste concurre al acto; pero este artículo no prescribe que se deje constancia de tal formalidad en el testamento. De suerte que lo que constituye la nulidad es la omisión de la lectura en alta voz, pero no el haberse dejado de expresar en el testamento esta formalidad." (Casación, 30 de agosto de 1923, Tomo XXX, pág. 165.).

Se declara, pues infundado el cargo.

c) Sostiene por último el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1068, 1070, 1072, 1073 y 1074 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890.

La Corte observa:

Dos aspectos envuelve el cargo que se considera, según así se desprende de la forma como ha sido desarrollado en el capítulo III de la demanda de Casación. El primero consiste en que, en sentir del recurrente, en el testamento no se dejó constancia expresa de que se habían cumplido en su otorgamiento las formalidades de que trata el artículo 1072 del C. C., lo cual en su opinión determina la nulidad del mismo, y el segundo en que faltó en el acto del otorgamiento del testamento la unidad requerida en el inciso 2º del artículo 1072 ya citado, por cuanto dice que resulta comprobado de las declaraciones del propio Notario y de los testigos instrumentales que "a) las disposiciones testamentarias fueron dictadas por el testador al Notario, delante de testigos que no fueron los mismos que firmaron posteriormente el acto, en calidad de tales; b) que una vez que el Notario oyó las disposiciones, se retiró de la casa en que yacía el enfermo, redactó el testamento y regresó al lado del testador; c) que allí se reunieron los testigos que aparecen como firmantes del testamento para presenciar la lectura de éste, sin que se haya hecho constar que el testador manifestó ante los testigos, que ese escrito, contenía su última voluntad". De todo lo cual deduce el recurrente que se desprende la nulidad del citado testamento y la consiguiente violación de las disposiciones que cita al no reconocerlo así el Tribunal.

El cargo que se ha sintetizado en su primer aspecto quedó ya estudiado y declarado infundado en este fallo al analizarse, como se ha visto, el

segundo cargo que se formula contra la sentencia y por lo mismo no hay para qué repetir de nuevo las razones que acabaron de exponerse sobre el particular. En cuanto al segundo aspecto del mismo cargo se observa lo siguiente: El sentenciador estimó, relacionando lo dispuesto en los artículos 1072 y 1074 del Código Civil, que lo esencial para la validez del testamento abierto es que el testador en un mismo acto, ante un mismo Notario y ante unos mismos testigos publique las disposiciones de su testamento, bien sea dictándolas en ese acto o haciéndolas leer, formalidades que considera cumplidas según lo reza el propio testamento y lo confirman las disposiciones del Notario y los testigos, y la Corte encuentra que tales conclusiones están ajustadas tanto a la realidad procesal como a las disposiciones legales que gobiernan la materia.

En cuanto a lo primero consta en el testamento que éste le fue leído al testador en alta voz por el Notario, en presencia de los testigos ya citados, que lo aprobó y firmó con ellos por ante el mismo Notario, y tal constancia certificada por éste, es plena prueba acerca de lo que en ella se afirma ya que figura en un documento público o auténtico que hace fe acerca de su contenido según conocidos principios legales, y que como tal, se presume, como antes se dijo, otorgado con las formalidades legales.

De otro lado la prueba testimonial junto con la declaración del Notario corroboran suficientemente la exactitud de aquella constancia, pues tanto los testigos como el Notario están contestes en sus declaraciones sobre la afirmación contenida en la mentada constancia o sea que el testamento una vez escrito fue leído por el Notario en presencia de los testigos y del testador y aprobado por éste y firmado por todos, cumpliéndose tales diligencias en un mismo acto.

Las disposiciones legales que gobiernan la materia en referencia son los artículos 1072 y 1074 del C. C. El primero de ellos prescribe textualmente: "Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiera, y a los testigos. El testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo Notario, si lo hubiere, y por unos mismos testigos". Y el segundo, reza: "El testamento abierto podrá haberse escrito previamente. Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el Notario, si lo hubiere, o, a falta de Notario, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto. Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria, oirán el tenor de sus disposiciones".

Como lo prevee el texto legal últimamente citado al otorgarse un testamento abierto pueden confrontarse distintas situaciones: que el testamento haya sido previamente escrito; que se escriba en el acto del otorgamiento, o que se escriba en uno o varios actos; pero en cualquiera de esas eventualidades es menester para su validez que el testamento sea leído todo en alta voz por el Notario o por uno de los testigos designado por el testador y que en el acto en que esa lectura se cumple estén presentes el testador, los testigos y el Notario, oyendo el tenor de las disposiciones testamentarias. Y si en el caso de autos, como así lo constatan el texto mismo del testamento otorgado por Ochoa Vélez, las declaraciones de los testigos y del Notario, y hasta la propia afirmación del recurrente, la lectura, aprobación y firma del referido instrumento se realizó en un solo acto, en presencia del testador, testigos y Notario, es evidente que se cumplió la formalidad esencial de que habla el artículo 1072 del Código Civil, o sea la de que el testador hiciera sabedor de sus disposiciones al Notario y a los testigos. Y no obsta para llegar a esa conclusión el hecho de que al dictar Ochoa Vélez las disposiciones testamentarias que después debían ser puestas en limpio, no hubieren estado presentes en ese momento todos los testigos porque, como antes se ha visto, la ley misma permite que el testamento se escriba previamente, o en uno o más actos sin que requiera la concurrencia a ellos de tales personas, pues tal exigencia sólo es de imperativo cumplimiento cuando se realiza la lectura de las disposiciones testamentarias.

Así lo tiene decidido la Corte, pues en sentencia de Casación de 29 de julio de 1918, dijo: "Hace testamento abierto quien hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos; mas no quien redacta o escribe de antemano por orden o instrucciones del testador las disposiciones de éste. La operación de escribir o redactar lo que puede llamarse una póliza del testamento, jamás se ha comprendido en las solemnidades del acto testamentario". (Jurisprudencia de la Corte, Tomo III, pág. 901, número 3935).

Y esta es la misma opinión que ha expresado sobre el particular el comentarista doctor Fer-

nando Vélez, según así puede verse al número 229, págs. 156 y 157 de su ya citada obra sobre "Derecho Civil Colombiano".

Por tanto se rechaza el cargo.

FALLO

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este negocio con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro por el Tribunal Superior de Medellín, que ha sido objeto del recurso que queda decidido.

Las costas son del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H.—Oficial mayor en propiedad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

Obrando en autos el comprobante de que trata el artículo 9º de la Ley 58 de 1931, así como su inscripción con todos sus detalles, en la Cámara de Comercio, no es admisible el cargo de errónea apreciación del Tribunal al reputar establecida en autos la existencia de la Compañía demandada. Provista la Superintendencia de las facultades aludidas y demás que le confiere la citada ley 58, preceptuando ésta que sólo con el permiso del Superintendente puede entrar en función o continuar funcionando una sociedad anónima y respaldados concomitantemente los terceros por la fe pública en cuanto mire a las relaciones de cualquiera persona natural o jurídica con una sociedad anónima autorizada por el Superintendente, no sería jurídico desconocer su existencia cuando sobre ésta media aquella autorización, máxime cuando al concederla hace constar aquel funcionario la presentación de la escritura pública de constitución de tal sociedad y el ajustamiento de aquella y de sus estatutos a las exigencias legales, y además hay constancia de que todo ello se inscribió o anotó en el competente libro de la Cámara de Comercio. Contrario a la equidad y también a la lógica sería que una compañía autorizada plenamente para el ejercicio de todas las actividades correspondientes a su objeto y, por ende, a adquirir derechos y ejercitar acciones, a la hora de exigírsele responsabilidades resultara que oficialmente no existe.

2.—La violación del artículo 732 del Código Judicial no da motivo a casación de un fallo, pues no toda irregularidad procesal es motivo de casación, según doctrina constante de la Corte. Las irregularidades que motivan casación son aquellas que producen nulidad, que es lo contemplado por el artículo 520 del C. J., en su numeral 6º. Por otra parte, la inspección extrajuicio "constituye una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados": tal el citado artículo 732 IN FINE. Es, pues, del fuero del sentenciador lo tocante al poder que ella tenga para convencerlo. La ley no identifica, en verdad, las pruebas practicadas con citación o intervención de ambas partes litigantes y las practicadas por una sola de éstas en ausencia y sin conocimiento de la otra. De ahí, por ejemplo, lo que acerca de declaraciones de testigos recibidas extrajudicialmente dispone el artículo 693 del C. J. La inspección ocular no está en idéntico caso, fuese tan sólo porque consiste "en el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez...", según el artículo 724 IBIDEM.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

La familia Canal Sorzano —don Josué, la señorita María Ana y los menores Jaime, Ramón y Elena, representados éstos por su madre, señora Felisa Sorzano viuda de Canal— por medio de apoderado demandaron a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta para que en vía ordinaria se la condenase a pagar a los actores el valor de los daños causados en las fincas La Catalina, La Palmita, El Capachito y La Fundación, de esa jurisdicción, en el incendio ocurrido en julio de 1940, producido, según la demanda, por chispas de una locomotora de ese ferrocarril.

Repartida la demanda al Juzgado 2º Civil de ese Circuito y admitida, se notificó el 7 de marzo de 1941 al doctor Emilio Gaitán Martín como representante de la Compañía demandada. En sentencia de 24 de junio de 1942 el Juzgado se abstuvo de hacer las declaraciones pedidas, porque reconoció la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Apeló el apoderado de los demandantes, y el Tribunal Superior de Pamplona, tramitada la segunda instancia, la decidió en sentencia de 10 de mayo de 1944 que, revocando la del Juez, pronunció la condenación demandada, salvo en lo tocante al predio La Fundación, y remitió a juicio distinto la fijación de la cuantía.

La Compañía demandada interpuso casación, recurso que, sustanciado debidamente, aquí se decide.

El Juzgado declaró probada la antedicha excepción en vista de que el certificado de la Cámara de Comercio de Cúcuta aducido para probar en el juicio la existencia de la Compañía no reúne

los requisitos legales indispensables a tal fin. Y el Tribunal, ante el cual obró al respecto, además, un nuevo certificado, llegado a los autos mediante auto para mejor proveer, estimó satisfactoria la comprobación en referencia y, no siendo ya el caso de la excepción, entró en el fondo, y pronunció la condena a indemnizar suplicada en la demanda porque halló demostrado el daño, la culpa y la relación de causalidad entre aquél y ésta, es decir, los elementos que determinan tal condena; pero por faltar en el proceso los datos indispensables para la fijación del monto, remitió a las partes para esto a juicio distinto.

El recurrente acusa por lo atañadero a personería y por lo relativo al fondo, o sea, a la condenación en sí misma; en uno y otro de estos cargos o grupos de cargos por violación de las disposiciones legales que cita y analiza, en fuerza de los errores de apreciación de las pruebas que señala al efecto.

Expone que, si en un principio fue indispensable aducir en copia notarial registrada la escritura pública de constitución de una compañía para probar su existencia como actor o reo, más tarde se admitió también el extracto de aquélla en copia expedida por el Secretario del Juzgado que lo registró, para el efecto de reconocer en juicio la personería jurídica de una sociedad, tal como reza la Ley 40 de 1907 en su artículo 36, y que esta facilidad probatoria subsiste hoy, sin más modificación que la correspondiente a la creación de las Cámaras de Comercio, porque siendo en ellas donde se registra el extracto, su copia es la expedida por el Presidente y Secretario de la Cámara, según el artículo 40 de la Ley 28 de 1931.

Acusa de error de derecho en la apreciación de los aludidos certificados por darles el Tribunal un alcance que legalmente no tienen y también de error de hecho manifiesto por hacerles decir lo que no dicen, y de estos errores deduce el quebranto de las disposiciones ya indicadas, así como de las pertinentes del Código de Comercio, tanto del vigente hoy en la Nación por mandato de la Ley 57 de 1887, como del del Estado Soberano de Santander, para el evento de que la constitución de la Compañía demandada se entienda registrada, como anterior a la vigencia de esa ley, por las leyes de ese Estado. Unas y otras de tales disposiciones las cita debidamente y algunas de ellas transcribe.

El eje de su argumentación es éste: no ha venido al proceso la escritura social ni la copia de su extracto, y sin embargo el Tribunal da por acreditada legalmente la existencia de la Compañía, lo que no puede comprobarse sino precisamente por esos medios. Se respalda con la cita y aún transcripción de diversos fallos de la Corte, según los cuales cuando falta esa comprobación hay ilegitimidad de la personería sustantiva de la sociedad que figura como litigante y así debe declararse; de suerte que cuando tal ha sucedido, se ha negado a infirmar el fallo del Tribunal que declara o niega esa ilegitimidad, según falte u obre la prueba, o ha casado la sentencia en caso contrario. Llama enfáticamente la atención entre esas sentencias a la de esta Sala de 1º de diciembre de 1944 dictada en juicio en que el demandado era la misma Compañía que lo es en el presente.

Se considera:

La tesis de esos fallos, que no es propiamente doctrina en el sentido de interpretación de la ley, sino simple cumplimiento de claras disposiciones de ésta, no se quebranta o altera en manera alguna porque en unos procesos se aduzca y en otros deje de aducirse la prueba necesaria, tal como sucede en todos los casos análogos. Así, por ejemplo, cuando alguien demanda o es demandado en representación de la sucesión de una persona dada como su heredero, es preciso demostrar que lo es, y sin lugar a discutir esta exigencia indispensable e incuestionable, unas veces se declara y otras no la ilegitimidad de personería, según falte u obre en el proceso el comprobante de esa calidad, sin que la oposición entre estos dos resultados implique diversidad o cambio de principio, puesto que sólo lo hay en los comprobantes. A una y otra de esas dos situaciones conduce un mismo razonamiento legal; de suerte que la diferencia está en las pruebas, y lo procedente en cada caso es establecer si se ha traído la que acredite la personería respectiva.

En el presente, pues, el problema está en saber si la existencia de la Compañía demandada está acreditada o no; más claramente: si el Tribunal erró o no al apreciar las pruebas que se trajeron con el fin de acreditarla. De ahí que, con toda lógica, el cargo quebranto de disposiciones sustantivas antedicho lo haga arrancar el recurrente de ese error de apreciación de que acusa al analizar las certificaciones mencionadas.

Fue la segunda de ellas la que satisfizo al Tribunal. Forma los folios 17 vuelto y 18 del cuaderno 4º. Como la Cámara no copió el extracto en

su primera certificación, advierte en aquélla que en esta Oficina no se halla "la partida o inscripción de la escritura constitutiva de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta S. A.", y agregando que en esa Cámara se registró el 11 de diciembre de 1941 con el Nº 158 en el libro respectivo, de conformidad con los artículos 470 del C. C. y 39 de la Ley 28 de 1931, la Resolución que en seguida transcribe, la cual dice:

"El Superintendente de Sociedades Anónimas, en uso de sus atribuciones legales, y considerando: **Primero.** Que el doctor Emilio Gaitán Martin, en su calidad de Presidente de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta S. A., ha solicitado de esta Superintendencia para dicha Compañía licencia para continuar ejerciendo su objeto social. **Segundo.** Que el contrato social fue consagrado por escritura pública número ciento cuarenta y uno (141) de la Notaría Primera del Circuito de Cúcuta de fecha treinta y uno (31) de marzo de mil ochocientos ochenta y siete (1887), registrado bajo la partida número sesenta y uno (61) del mismo día y año en el Libro Segundo de la correspondiente Oficina de Registro; este contrato social fue reformado por escritura pública número seiscientos uno (601) de fecha veintisiete de junio de mil novecientos veintisiete (1927) en la misma Notaría Primera, que aparece registrada igualmente en el Libro 2º Tomo II del primero de julio de mil novecientos veintisiete, bajo la partida número trescientos veintiocho (328). **Tercero.** Que las Actas de la Asamblea General en que constan los nombramientos de los Miembros de la Junta Directiva y de Revisor Fiscal, han sido registradas en la Cámara de Comercio. **Cuarto.** Que los estatutos de la Compañía han sido estudiados y encontrados en un todo conformes con las disposiciones legales vigentes, y **Quinto.** Que la documentación presentada está conforme con la Resolución número diez (10) de treinta (30) de enero del corriente año, emanada de esta Superintendencia, **Resuelve:** Conceder licencia definitiva a la sociedad anónima denominada Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, de esa misma ciudad, para continuar ejerciendo su objeto social...".

La Ley 58 de 1931, que creó la Superintendencia de Sociedades Anónimas, dispone en su artículo 9º que "para empezar a funcionar" una sociedad de esta clase "se requiere permiso especial del Superintendente" y que sólo se le concederá "cuando compruebe que ha cumplido todas las formalidades que las leyes exigen", y en su artículo 10º, relativo a las ya existentes, les señala el plazo de un año computado como allí se indica "para solicitar el permiso de continuar ejerciendo su objeto social", y añade que para obtenerlo deberán probar, entre otras cosas, "que han cumplido todas las formalidades legales para su constitución" y que "sus estatutos y contabilidad se conforman a lo prescrito por las leyes".

Aunque el mero hecho de haber dado la Superintendencia ese permiso a la Compañía hoy demandada obligaría a suponer desde luego que aquella entidad hizo el estudio del caso y, por ende y ante todo, tuvo a la vista la escritura de constitución y los estatutos de esa Compañía, a mayor abundamiento así consta en declaraciones expresas de la Resolución transcrita, como acaba de verse.

Obrando en autos auténticamente tal comprobante y su inscripción, con todos sus dichos detalles, en la Cámara de Comercio, no es admisible el cargo de errónea apreciación del Tribunal al reputar establecida en autos la existencia de la Compañía demandada. Provista la Superintendencia de las facultades aludidas y demás que le confiere la citada Ley 58, preceptuando ésta que sólo con el permiso del Superintendente puede entrar en función o continuar funcionando una sociedad anónima y respaldados concomitantemente los terceros por la fe pública en cuanto mire a las relaciones de cualquiera persona natural o jurídica con una sociedad anónima autorizada por el Superintendente, no sería jurídico desconocer su existencia cuando sobre ésta media aquella autorización, máxime cuando al concederla hace constar aquel funcionario la presentación de la escritura pública de constitución de tal sociedad y el ajustamiento de aquélla y de sus estatutos a las exigencias legales, y además hay constancia de que todo ello se inscribió o anotó en el competente libro de la Cámara de Comercio.

Contrario a la equidad y también a la lógica sería que una compañía autorizada plenamente para el ejercicio de todas las actividades correspondientes a su objeto y, por ende a adquirir derechos y ejercitar acciones, a la hora de exigírsele responsabilidades resultara que oficialmente no existe.

Como se dijo, es de la errónea apreciación de dichos comprobantes de donde el recurrente deduce la violación de las disposiciones legales de que acusa; por tanto, si la Corte no encuentra ese

error, ha de conceptuar que no se ha producido este quebranto. Vale esto como decir que el cargo se rechaza.

Los demandantes aducen su calidad de dueños de las fincas incendiadas para acreditar su interés jurídico, y con el fin de comprobar que lo son, trajeron al expediente las hijuelas de adjudicación de esos bienes en la causa mortuoria de su padre, don Josué Canal González, protocolizada en la Notaría 1ª de Cúcuta, con el Nº 280, el 9 de abril de 1938.

El recurrente formula al respecto estos cargos: esas hijuelas no aparecen debidamente registradas, no vinieron al proceso en la forma debida y no se las complementó con el certificado del Registrador que acredite su vigencia. Por consiguiente, dice, no han debido admitirse ni reputarse título suficiente, y deduce de ahí el quebranto de las disposiciones sustantivas que cita, consistente en aplicarlas y condenar en favor de los actores sin haber ellos justificado con esa calidad de dueños su derecho a ser indemnizados por el perjuicio de que se quejan.

Se considera:

Fuera del juicio y antes de incoar el presente se practicó una inspección ocular con peritos en dichas fincas y para ello se presentaron las hijuelas, y más tarde, dentro del término probatorio de la primera instancia de este pleito, el abogado de los demandantes presentó el expediente original de aquella diligencia y, por tanto junto con él, como parte integrante que de él eran, las hijuelas en referencia; y el Juzgado decretó la prueba pedida ordenando que se tuviera en cuenta al fallar, según providencia contra la cual no ocurrió recurso ni reparo alguno (Folio 31, Cuaderno 2º).

Así pues, no hubo la falta que el recurrente anota citando el artículo 636 del C. J. Se agrega que, aunque al respecto hubiera habido irregularidad, ella no sería un motivo de casación, recurso que tiene las consabidas diferencias con una instancia.

El certificado del Registrador que el recurrente echa menos aduciendo el artículo 635 de ese Código, no es de exigirse en juicio como el presente en que lo atañedero al dominio no es tema de discusión ni materia de la demanda, sino meramente un elemento necesario para acreditar los actores que fueron damnificados como dueños. No sobra advertir que en las instancias no se objetó, como podría haberse objetado por la parte demandada, en su caso, que esos títulos no están ya vigentes por haberse cancelado por alguno de los medios que la ley indica a este fin.

Cuanto al registro, las hijuelas se inscribieron en el libro de causas mortuorias antes de llevarse el expediente a la Notaría, según aparece en la copia expedida por el Notario, en la cual, además, obra original la nota de registro en el libro Nº 1º.

Lo dicho conduce a rechazar este otro cargo.

Pero al respecto ocurre una salvedad que obliga a infirmar en el concomitante detalle la sentencia recurrida, a saber:

Esos títulos acreditan que en la mortuoria de su padre se adjudicó La Catalina a la señorita María Ana, El Capachito a la señorita Elena y La Palmita conjuntamente a los impúberes Ramón y Jaime. Estos cuatro demandantes justifican así su dominio y con él su calidad de damnificados por siniestro, tal como trazan el fundamento de su demanda.

Acerca de La Fundación no se presentó título alguno, por lo cual el Tribunal exceptúa de la condenación que pronuncia lo atañedero a esa finca. No se explica por qué, no habiendo comprobado dominio alguno el demandante Josué Canal S., figure entre los favorecidos con esa condena en la lista formulada por la parte resolutiva del fallo. El libelo presenta a los actores como damnificados por el siniestro en su calidad de dueños de lo incendiado; si este señor no ha comprobado ser dueño, mal puede decretarse indemnización en su favor. Prospera pues respecto de él el cargo de violación de las disposiciones sustantivas que justifican la condena, por indebidamente aplicadas en lo que hace a este demandante. Ellas son los artículos 2341, 2347 y 2356 del C. C.

Entrando en el fondo del litigio, el recurrente acusa por error en la apreciación de las pruebas del siniestro, en cuanto el Tribunal halla acreditado la responsabilidad de la Compañía y la relación de causalidad entre la actividad de ésta y el incendio, y de ese error deduce violación, por aplicación indebida, de las disposiciones del C. Civil que acaban de citarse.

Sugiere el recurrente que por los altos calores y fuertes vientos de la región en que se hallan esas fincas en la época del incendio, bien pudo producirlo algo distinto de chispas del ferrocarril, como las quemas de los predios circunvecinos.

Bien se comprende cómo una hipótesis no es bastante a destruir la convicción del sentenciador formada por obra de las pruebas, tal como preceptúa el artículo 593 del C. J.

Por esto, lo procedente es estudiar los aludidos elementos probatorios que en el presente caso determinaron tal convicción en el Tribunal. Se habla de ésta, porque es lo que corresponde a la luz de los artículos 660 y siguientes en lo que hace a la inspección ocular de que se hablará en seguida. Adelante se estudiarán también las declaraciones de testigos que la complementan en el sentido indicado, esto es, en el de condenar a la Compañía como responsable.

Cuanto al daño en sí mismo, es decir, sobre que hubo el incendio afirmado por los demandantes y sobre que se quemaron sus prenombradas fincas, no hay discusión. El recurrente la presenta sobre la causa del siniestro, como ya se dijo.

A raíz de éste, el 15 del mismo julio de 1940, se practicó por el Juzgado del Circuito de Cúcuta una inspección ocular con peritos que, a más de acompañar al Juez a ver lo sucedido, avaluaron el daño. El recurrente reclama porque el artículo 732 del C. J. que la autoriza, da este derecho a los interesados, y la persona que la pidió e hizo practicar no lo es.

Siempre ha dicho esta Sala, tal como el presente fallo lo insinuó ya de paso, que no toda irregularidad procesal es motivo de casación. Las que llegan a tánto —y la que acaba de relatarse no llega— motivan casación cuando producen nulidad, que es lo contemplado por el artículo 520 del C. J. en su numeral 6º

De otro lado, la inspección extrajuicio "constituye una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados": tal el citado artículo 732 **in fine**. Es, pues, del fuero del sentenciador lo tocante al poder que ella tenga para convencerlo.

La ley no identifica, en verdad, las pruebas practicadas con citación o intervención de ambas partes litigantes y las practicadas por una sola de éstas en ausencia y sin conocimiento de la otra. De ahí, por ejemplo, lo que acerca de declaraciones de testigos recibidas extrajudicialmente, dispone el artículo 693 del C. J. La inspección ocular no está en idéntico caso, así fuese tan sólo porque consiste en "el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez..." según el artículo 724 **ibidem**. Es de señalada significación la circunstancia de que cabalmente al estarse practicando esa inspección ocurriera otro incendio acerca del cual el acta de esa diligencia (Cuaderno 2º, folio 21 v.) hizo constar lo siguiente: "6º Observamos también que la causa del incendio fue seguramente una chispa del ferrocarril, corroborada por este hecho: yendo el personal de la inspección de la finca La Catalina hacia la estación de El Edén, pasaba el ferrocarril a unos cien metros frente a nosotros y segundos después apareció fuego a pocos metros a la derecha de la puerta de salida de la finca Catalina a la línea, haciendo constar que habíamos pasado momento antes por ese mismo punto sin notar ni ver principio alguno de incendio. El ferrocarril que botó esta chispa tuvo que ser necesariamente el que sale de Cúcuta a las nueve y media de la mañana y pasa por la estación El Edén entre once y media y doce del día. Dada la coincidencia de pasar el tren y aparecer fuego instantáneamente, produjo en el personal de la inspección la sensación de que este fuego tenía que ser producido por las chispas arrojadas por el tren, no habiendo persona alguna en esos alrededores, más cuando todos nosotros veníamos mirando hacia la línea desde unos cien metros al frente, yendo hacia la línea".

Las declaraciones que el Tribunal estima plena prueba de que el incendio lo produjeron las chispas del tren son todas de testigos presenciales que declararon a raíz del incendio en la citada inspección ocular y después en el término probatorio del juicio y que hacen esa afirmación categórica.

El recurrente las analiza y pone de presente las discrepancias del dicho de unos testigos y otros, así como contradicciones de algunos de ellos consigo mismos en detalles nimios, a la verdad, como cuál fue la hora precisa en que el incendio comenzó o en qué el testigo se dio cuenta de él, o la distancia a que se hallaba de la carrilera del Ferrocarril al notarlo, o el nombre de la locomotora a que lo atribuyen; y de la falta de exacta coincidencia en esos dichos sobre detalles de esa clase deduce que esta prueba no acredita que el causante del incendio fuera el ferrocarril.

Sobre esta prueba cardinalmente y también, como ya se dijo, sobre la inspección ocular, se sostiene el concepto del Tribunal respecto de culpa, consecuencial responsabilidad y, por ende, obligación de indemnizar.

El análisis demasiado severo que el recurrente

hace de las declaraciones de testigos no destruye esta prueba, que es plena por la pluralidad de éstos (C. J., artículo 697) y porque dan la razón de sú dicho y, repítese, fueron presenciales. Todos coinciden en lo esencial y fundamental, a saber: que el tren causó el incendio. Con acierto el Tribunal no rechaza esos testimonios porque haya aquellas discrepancias. Observa que los testigos no tenían interés personal en ello y que fácilmente podían olvidar, en el tiempo transcurrido entre cada una de las primeras declaraciones antedichas y las segundas, si el siniestro ocurrió el sábado o el domingo, el 6 o el 7 de julio, o cuál fue la hora precisa de estallar, circunstancia ésta sobre la cual es casi imposible una precisión matemática, sobre todo en gentes campesinas que no usan reloj.

Así las cosas, no puede encontrarse error manifiesto de hecho ni error de derecho en que el Tribunal encuentre probado que el incendio lo causaron las chispas de la locomotora, porque así lo afirmen, a pesar de esos reparos de detalle, todos los testigos.

Tuvo en cuenta el Tribunal también que ese ferrocarril usa leña, lo que es tan ocasionado al lanzamiento de chispas; y que, si no uniformemente todos los peritos que intervinieron en el juicio, si uno de ellos, estudiadas las locomotoras observó que las redes que por prudente medida se ponen en las chimeneas para evitar que el tren arroje chispas o lance brazas o pequeñas astillas encendidas, estaban dañadas y ya no cumplían su tarea.

No se compadecen estos hechos con el cuidado a que obliga una actividad como la de que se trata, cuya peligrosidad ha determinado disposiciones especiales de la ley. Y aunque pudiera dejarse de lado un elemento de tánta trascendencia en sucesos como los aquí controvertidos y, por ende, no se pensara en la presunción que la Sala encuentra en el artículo 2356 del C. C., quedarían en pie, con fuerza bastante para respaldar al Tribunal en sus conceptos de culpa, responsabilidad y obligación de indemnizar, las pruebas de que se ha venido hablando y respecto de las cuales no se halla justificado el cargo de error de apreciación.

Otro cargo del recurrente es el de que el Tribunal desoye el concepto de los peritos que intervinieron dentro del juicio, porque pronuncia condenación a pesar de que ellos anotan las graves dificultades que, al menos en parte, les impidieron desempeñar su tarea de avaluadores. Pero bien se ve que el hecho de que unos peritos hayan expresado esto no puede ser óbice para condenar. Si esto se imponía a la conciencia y opinión del sentenciador a la luz de las pruebas aducidas, mal podía él dejar de aplicar las disposiciones pertinentes tan sólo por ser difícil el justiprecio. A esas dificultades se atenderá en la actuación a que el Tribunal remite a los litigantes. El haberlas no podía justificar una absolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el diez de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, exclusivamente para suprimir el nombre del señor Josué Canal Sorzano de la lista de las personas favorecidas con la condenación a indemnizar formulada en la parte resolutiva de ese fallo, el cual queda vigente en todo lo demás.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—EN QUE CASOS DEBE RESPETARSE EL ARRENDAMIENTO—MORA—EN QUE CASOS PUEDE OPONERSE EL CONTRATO A TERCEROS.—DIVERSAS MANERAS DE PAGO QUE UN TERCERO HACE POR EL DEUDOR

1.—Son de la esencia del contrato de arrendamiento las estipulaciones o acuerdos entre las partes sobre el goce de la cosa arrendada, el precio y el consentimiento sobre uno y otro. Siendo, como es, el goce de la cosa materia del contrato elemento esencial del convenio, una de las obligaciones del arrendador, además de la entrega, es la de mantenerle en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendado y la de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo. (Artículo 1982 del C. C.).

Entre las causas que pueden dar lugar a la extinción del contrato de arrendamiento, algunas son por hecho o culpa del arrendador, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella, hace cesión del usufructo al propietario o pierde la propiedad por su culpa, o deja de pagar a tiempo su precio. (Artículo 2019 del C. C.). Para determinar los efectos jurídicos que produce la extinción voluntaria del derecho del arrendador, hay que averiguar previamente si la persona que le sucede en el derecho de dominio está o no obligada a respetar el arrendamiento. El contrato de arrendamiento origina un derecho personal a favor del arrendatario. Nuestra legislación ha establecido, para evitar fraudes, que el arrendatario puede continuar en el goce de la cosa, en desarrollo de su contrato, cuando el sucesor haya adquirido la cosa a título gratuito o cuando habiéndola adquirido a título oneroso, presenta el arrendatario una demostración auténtica del contrato que permita acreditar que su fecha es cierta y que no ha sido fraudulentamente supuesta, conforme lo estatuye el artículo 2020 del Código Civil.

2.—Cuando el sucesor no está obligado a respetar el contrato, el arrendatario perjudicado tiene acción personal contra el arrendador para que le indemnice todo perjuicio proveniente de la extinción del derecho causada por el hecho o culpa. El arrendador, al desprenderse voluntariamente de la cosa, puede muy bien exigir como condición en el contrato de venta, una cláusula que resguarde los derechos del arrendatario y le permita cumplir con la obligación de garantizarle el goce de la cosa arrendada.

3.—Se define la mora del deudor como el retraso en el cumplimiento de la prestación contrario a derecho, por una causa imputable a aquél. Según el artículo 1608 del C. C. para que se produzca la mora automáticamente, debe fijarse término para el cumplimiento de la obligación. Vencido el plazo, el deudor queda constituído en mora y no hay necesidad de reconvenirlo para el cumplimiento de lo pactado. Siguiendo el mismo raciocinio, el deudor queda automáticamente constituído en mora cuando por su hecho o culpa se pone en imposibilidad de cumplir lo convenido. Este caso se presenta cuando el arrendador, por un acto de su libre voluntad, se ha puesto en la imposibilidad legal de mantener al arrendatario en el goce del bien arrendado, por haberlo vendido y no constar el contrato de arrendamiento por escritura pública. (Artículos 2019 y 2020 del C. C.). Establecida la existencia de un vínculo obligatorio válido, que produzca efectos civiles y que no esté enervado por alguna excepción legal, debe el deudor cumplir la obligación, tal como fue constituída; y si no lo hace, viola el derecho del acreedor. La injuria causada al acreedor, que lo faculta para pedir al deudor indemnización de perjuicios, consiste, pues, en la inejecución de la obligación. Cuando se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación en la forma específica en que se contrajo el acreedor tiene el derecho de exigir la indemnización de perjuicios, sin necesidad, como algunos sostienen, de constituir previamente en mora al deudor. (Derecho Civil, Barros Errázuriz, p. 65). El comentarista francés Beudant dice, refiriéndose a los casos en que la ejecución del contrato se ha convertido en imposible: "Es en efecto, bien inútil, poner al deudor en mora, cuando por razón de los hechos éste se encuentra en imposibilidad de cumplir. Esta excepción debe ser extendida a todas las hipótesis en las cuales la inejecución de la obligación deba ser considerada como definitiva: contravención a una obligación de no hacer, imposibilidad cierta de inejecución, o voluntad cierta de no ejecutar. Así la voluntad de las partes puede hacer inútil la postura en mora". (Curso de Derecho Civil Francés.—Beudant, Tomo VIII, número 577).

4.—Como el contrato de arrendamiento es consensual, basta el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio, para que se tenga por celebrada la convención. Cuando se trata de inmuebles y el arrendamiento consta por escritura pública, el contrato puede oponerse a terceros y, en consecuencia, debe respetarse por quien adquiera el inmueble con posterioridad a la celebración del arrendamiento (Artículo 2020 del C. C.). Pero tratándose de un acto o contrato de un valor mayor de quinientos pesos, al tenor del artículo 91 de la ley 153 de 1887, para su prueba en juicio, se requiere que conste por escrito o mediante una prueba de igual significación, como la confesión o el principio de prueba por escrito, que puede complementarse con la testimonial. En otras palabras: no será tampoco admisible la prueba de testigos en cuanto se intente demostrar una adición, modificación o alteración de la obligación que resulte de lo pactado o contra el contrato. No cabe, por consiguiente, demostrar en contra de lo escrito por medio de prueba que no emane por escrito también de las mismas partes, o por medio de la confesión o con un principio de prueba por escrito. (Antonio Rocha, De la prueba en Derecho, p. 88). Por la naturaleza de la prueba de testigos la ley ha restringido su admisión, no aceptándola para los contratos de una cuantía superior a $ 500.00. De esta manera ha procurado obligar a las partes a preconstituir la prueba, a fin de no dejarla sometida al recuerdo de las personas que presenciaron el acto o contrato. De ahí la imposibilidad legal de probar contra lo estipulado por escrito. Contra la prueba escrita preestablecida entre las partes, no vale sino la contraescritura, o una prueba de igual categoría como la confesión, el principio de prueba por escrito, complementado con la prueba testimonial.

5.—El pago que un tercero hace por el deudor puede ser de tres maneras: I. Con la voluntad expresa o tácita del deudor en cuyo caso el que paga queda subrogado, por ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los derechos de éste, es decir en todas sus acciones, privilegios, prendas e hipotecas. (Artículos 1630 y 1668, numeral 5º, del C. C.). II Sin conocimiento del deudor, y en este caso el que paga no se entiende subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. El que paga en estas condiciones sólo pretende liberar al deudor, extinguir la deuda; y eso no ocurriría si mediara subrogación, porque en virtud de ésta el tercero que paga queda en el lugar del acreedor y puede ejercer contra el deudor la misma acción que tenía el acreedor primitivo, con todos sus privilegios e hipotecas. Para que haya subrogación, es menester que el deudor consienta, expresa o tácitamente, en el pago que hace el tercero. No mediando conocimiento del deudor, el tercero que paga por él no puede entablar como aquél la acción correspondiente a la obligación extinguida por su pago; pero tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado: tiene la nueva acción como NEGOTIORUM GESTOR por haber desempeñado un negocio del deudor. (Artículo 2313 del C. C.). Este derecho es para el simple reembolso de la suma pagada al acreedor. Y III. Contra la voluntad del deudor. En este caso el que pagó no tiene derecho a que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción. (Artículo 1632 del C. C.). Este es un caso especial de excepción, porque en principio, el que paga por otro tiene recurso contra el deudor liberado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, 25 de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación interpuesto en el juicio de Dagoberto Quiza contra Ana Rita Alvarez, sobre perjuicios por el incumplimiento de un contrato de arrendamiento. „ ,

Antecedentes

Ante el Juez Segundo del Circuito en lo Civil de Neiva, adelantó Dagoberto Quiza juicio ordinario contra Ana Rita Alvarez, mayor y vecina de aquel municipio, "con el fin de que previa la tramitación legal correspondiente, se condenase a la demandada a pagarle la cantidad de cinco mil doscientos diez pesos ($ 5.210.00), como valor de los perjuicios sufridos por el actor a consecuencia de no haber cumplido la demandada un contrato de arrendamiento de fincas raíces, celebrado el primero de marzo de mil novecientos treinta y ocho". Conjuntamente ejercitó otra acción contra la misma señorita Alvarez, para que se la condenara a pagarle la cantidad de quinientos siete pesos con veintidós centavos ($ 507.22), que Quiza sostiene cubrió al ingeniero Víctor Perdomo como parte de honorarios y gastos en la división material del globo de tierra de "Las Mesetas", en el cual era la demandada una de las principales comuneras.

Admitida la demanda y notificada, la Alvarez contestó negando los hechos y oponiéndose al total de las declaraciones pedidas.

El Juez del conocimiento falló condenándola a indemnizar a Quiza los perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato de arrendamiento. "Esta condenación se contrae únicamente —dice la sentencia—,d e acuerdo con las pruebas apartadas al juicio, a las siguientes materias: a) A la indemnización por la privación en el goce de las fincas arrendadas, proveniente de la terminación extemporánea del contrato, causada por la arrendadora, durante veintinueve meses y medio que faltaban para la terminación normal del arrendamiento; b) A la indemnización resultante del incumplimiento del contrato, en cuanto a la no entrega de los semovientes que la arrendadora comprometió con él". Se condenó con la reserva de fijar su importe en la ejecución del fallo, (artículos 480 y 553 del C. J.), teniendo presente, a ese fin, las indicaciones dadas en la parte motiva de la sentencia; y, finalmente, se absolvió a la Alvarez de los demás cargos.

La sentencia recurrida

Ambas partes apelaron de la sentencia para ante el Tribunal Superior de Neiva, y surtida allí la tramitación legal, se puso término a la segunda instancia, por sentencia de fecha once de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, condenando a la señorita Alvarez a pagar al demandante Quiza el valor de los perjuicios sufridos por la terminación extemporánea del contrato de arrendamiento. Igualmente, se le obligó a indemnizar los perjuicios ocasionados al arrendatario por no haber podido éste aprovechar la construcción de determinadas mejoras realizadas en los predios para facilitar su explotación, y por los perjuicios que se le causaron, por haber dejado de percibir el beneficio correspondiente al pastaje de 150 cabezas de ganado durante veintinueve meses y medio. Se le condenó, por último, al pago de los daños provenientes de la muerte de dos vacas y por no haber entregado la Alvarez ocho yeguas de cría y algunos ejemplares de ganado menor, cuyos productos reclama el demandante.

Se dispuso que el monto de los perjuicios habría de liquidarse en la ejecución de la sentencia y de conformidad con el precepto del artículo 480 del C. J., pero con la reserva de que de la cuantía a que asciendan los daños causados, debe deducirse el monto del arrendamiento en el mismo lapso.

El Tribunal revocó la sentencia del inferior en cuanto por ella se absolvió a la demandada de la obligación de pagar al demandante la suma de $ 507.22, que por aquélla cubrió Quiza al ingeniero Víctor M. Perdomo, por concepto de honorarios y gastos como partidor material del predio indiviso llamado "Las Mesetas", y en su lugar, ordenó el reembolso de dicha suma.

El recurso

Contra esta providencia interpuso recurso de casación la demandada, el cual fue admitido en tiempo y cumplida la tramitación legal correspondiente, pasa a decidirse:

Acusa el fallo el apoderado de la recurrente, por los siguientes motivos, que la Corte estudia a medida que se van enumerando:

Cargo primero.—Error respecto de la privación del goce y tenencia de las fincas arrendadas y en cuanto a los perjuicios causados.

Se señalan como violados los artículos 1608 y 1615 del C. C. y el artículo 2019 de la misma obra, por mala interpretación de tales disposiciones, al declarar la sentencia que la obligación de indemnizar perjuicios al arrendatario, surgió por el solo hecho de la venta, sin que fuera necesario que por causa de esta se privara al arrendatario del goce de la cosa arrendada y sin que la terminación del contrato de arrendamiento se hubiera declarado judicialmente.

"Violó también el Tribunal —dice el recurrente—, los artículos 2005 y 2007 del C. C., en relación con el artículo 2008, numeral 3º de la citada obra, por no haberlos aplicado, pues el arredatario no está obligado a restituir la cosa arrendada al fin del contrato, sin previo requerimiento del arrendador, y una de las formas de expiración del arrendamiento es la extinción del derecho de propiedad. Es claro que al no haber mediado requerimiento de la arrendadora al arrendatario, haciéndole saber que el contrato había terminado y que debía entregar la cosa, el Tribunal violó tales disposiciones al dejar de lado sus preceptos".

"La indemnización de perjuicios a favor del arrendatario no es una sanción al hecho de la venta en sí mismo, sino una consecuencia de la privación del goce de la cosa arrendada, que sobrevenga como resultado de la venta, pero esa privación debe ser objetiva y real".

En cuanto a la obligación de indemnizar daños y perjuicios, por el incumplimiento del contrato, sostiene que no se causan por el sólo hecho de la venta; que es necesario que como consecuencia del traspaso, se prive al arrendatario de la cosa arendada, mediante decisión judicial. Considera

violados, por este aspecto, los artículos 1508, 1615 y 2019 del C. C.

El anterior cargo lo apoya en el hecho de que afirma que si Quiza no se hubiera anticipado a entregar voluntariamente las fincas a los compradores, y estos se hubieran visto obligados a intentar el juicio de que habla el artículo 887 del C. J., la señorita Ana Rita Alvarez habría tenido ocasión de alegar y probar que existía un convenio con el representante de los compradores, para llegar a un acuerdo con el arrendatario tendiente a respetar el contrato.

Sostiene, por último, que el Tribunal violó también los artículos 1973 y 1974 del C. C., por no haberlos tenido en cuenta al fallar.

La Corte considera

Mediante el contrato de arrendamiento las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado. (Artículo 1973 C. C.).

Son de su esencia las estipulaciones o acuerdos entre las partes, sobre el goce del bien arrendado el precio y el consentimiento sobre uno y otro.

Siendo, como es, el goce de la cosa materia del contrato, elemento esencial del convenio, una de las obligaciones del arrendador, además de la entrega, es la de mantenerlo en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendado y librar al arrendatario de toda turbación o embarazo. (Artículo 1982 del C. C.):

Entre las causas que pueden dar lugar a la extinción del contrato de arrendamiento, algunas son por hecho o culpa del arrendador, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella, hace cesión del usufructo al propietario o pierde la propiedad por su culpa, o deja de pagar a tiempo su precio. (Artículo 2019 del C. C.).

Para determinar los efectos jurídicos que produce la extinción voluntaria del derecho del arrendador, hay que averiguar previamente si la persona que le sucede en el derecho de dominio está o no obligada a respetar el arrendamiento.

El contrato de arrendamiento origina un derecho personal a favor del arrendatario. Nuestra legislación ha establecido, para evitar fraudes, que el arrendatario puede continuar en el goce de la cosa, en desarrollo de su contrato, cuando el sucesor haya adquirido la cosa a título gratuito o cuando habiéndola adquirido a título oneroso, presenta el arrendatario una demostración auténtica del contrato que permita acreditar que su fecha es cierta y que no ha sido fraudulentamente supuesta, conforme lo estatuye el artículo 2020 del C. C.

No constando en el presente caso, que el contrato de arrendamiento se celebrara por escritura pública, el arrendatario se vio obligado a entregar al comprador las fincas materia de la convención, una vez que fue requerido por el nuevo propietario. Tal aparece de la declaración rendida por el señor Emilio Rosales, padre de los menores Rosales Perdomo, quien celebró para sus hijos el contrato de compraventa de los predios arrendados por la señorita Alvarez a Dagoberto Quiza. En su declaración, que obra en autos (página 12 del cuaderno de pruebas de la recurrente), se encuentra lo siguiente: "Preguntado.—Diga si le consta, por haber intervenido en el acto, que la entrega de las fincas que contrató en venta con la señorita Ana Rita Alvarez, o sea las fincas de "El Diamante", "Las Brisas" y 'El Guásimo", en septiembre del año pasado, se la hizo el señor Dagoberto Quiza, sin oposición alguna, apenas le indicó que había comprado las fincas. Respondió: No es cierto que el señor Dagoberto Quiza se hubiera entregado las fincas que había recibido en arrendamiento de Ana Rita Alvarez, sin oposición, pues me las entregó después de varios requerimientos y en un término, más o menos, de seis meses".

Como se ve, la Alvarez no sólo olvidó el arrendamiento al traspasar su derecho de dominio a los hijos del señor Rosales, sino que dejó transcurrir más de seis meses sin entenderse con el comprador para que respetara el arrendamiento pactado.

Se demostró, pues, que Quiza se hubiera anticipado a entregar los bienes, sin que mediara requerimiento de parte del representante de los compradores, quien según su propia declaración se vio obligado a urgir a Quiza para obtener la entrega de los predios arriba nombrados.

Cuando el sucesor no está obligado a respetar el contrato, el arrendatario perjudicado tiene acción personal contra el arrendador para que le indemnice todo perjuicio proveniente de la extinción del derecho causada por su hecho o culpa. El arrendador al desprenderse voluntariamente de la cosa, pudo muy bien haber exigido como

condición en el contrato de venta, una cláusula que resguardara los derechos del arrendatario y le permitiera cumplir con la obligación de garantizarle el goce de la cosa arrendada.

No encontrándose los compradores de la Alvarez en ninguno de los casos contemplados en el artículo 2020 del C. C., el arrendamiento se extinguió por el sólo hecho de la venta, y de ahí nació la obligación de la vendedora de indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios causados.

El derecho de exigir perjuicios nació con la terminación extemporánea del contrato de arrendamiento. No había necesidad de requerir a la señorita Alvarez, para constituirla en mora de cumplir lo pactado. El arrendamiento terminó por su culpa al inscribirse en la Oficina de Registro la escritura de venta del bien materia del arrendamiento. Este acto voluntario, dio nacimiento a la obligación de indemnizar, sin necesidad de constituirla previamente en mora. La señorita Alvarez es responsable de no haber dejado a salvo los derechos del arrendatario, por el tiempo que faltaba para vencerse el término convenido.

Por lo dicho, se declara ineficaz el cargo alegado.

Cargo segundo.—Violación directa de la ley sustantiva por infracción expresa de los artículos 1602, 1609 y 1546 del C. C.

Afirma el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta la excepción de contraprestaciones no cumplidas y que violó las disposiciones citadas, al considerar que uno de los contratantes estaba en mora, sin que por su parte, el otro hubiera cumplido las obligaciones estipuladas.

Sostiene, además, que Quiza en ningún momento demostró, pero que ni siquiera alegó, haber cumplido por su parte las obligaciones que le correspondían, condición indispensable de acuerdo con el artículo 1609 del C. C., para constituir en mora al otro contratante.

Dice el recurrente: "Pedida la ejecución de la obligación, cuando ello es posible, se pueden exigir los perjuicios que el no cumplimiento a tiempo haya acarreado, pero para ello se requiere que la obligación sea ya imposible de cumplir, o que por culpa del deudor, el acreedor haya perdido todo interés en su realización; pero cuando se opta, por el camino de pedir perjuicios compensatorios, al deudor en mora, se requiere el doble requisito de que el demandante ejecute su propia prestación y renuncie a la ejecución directa del contrato por parte del contratante. En cambio, cuando se pide la resolución o terminación, según sea el caso, no puede haber perjuicios compensatorios y sólo queda el derecho de exigir la reparación del perjuicio, que la resolución deja subsistir, o sea el llamado interés negativo".

"En este caso que discutimos, como se ha visto, el demandante no ha pedido la resolución del contrato, o mejor dicho, su equivalente o sea la terminación".

La Corte considera

Se define la mora del deudor como el retraso en el cumplimiento de la prestación, contrario a derecho, por una causa imputable a aquél. Según el artículo 1608 del C. C., para que se produzca la mora automáticamente, debe fijarse término para el cumplimiento de la obligación. Vencido el plazo, el deudor queda constituído en mora y no hay necesidad de reconvenirlo para el cumplimiento de lo pactado. Siguiendo el mismo raciocinio, el deudor queda automáticamente constituído en mora, cuando por su hecho o culpa, se pone en imposibilidad de cumplir lo convenido.

Este caso se presenta cuando el arrendador, por un acto de su libre voluntad se ha puesto en la imposibilidad legal de mantener al arrendatario en el goce del bien arrendado, por haberlo vendido y no constar el contrato de arrendamiento por escritura pública. (Artículos 2019 y 2020 del C. C.).

Establecida la existencia de un vínculo obligatorio válido, que produzca efectos civiles y que no esté enervado por alguna excepción legal, debe el deudor cumplir la obligación, tal como fue constituída; y si no lo hace, viola el derecho del acreedor. La injuria causada al acreedor, que lo faculta para pedir al deudor indemnización de perjuicios, consiste, pues, en la inejecución de la obligación.

Cuando se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación en la forma específica en que se contrajo, el acreedor tiene el derecho de exigir la indemnización de perjuicios, sin necesidad, como algunos sostienen, de constituir previamente en mora al deudor. (Derecho Civil-Alfredo Barros Errázuriz. pág., 65).

El comentarista francés Beudant dice, refiriéndose a los casos en que la ejecución del contrato se ha convertido en imposible: "Es, en efecto, bien inútil, poner al deudor en mora, cuando por

razón de los hechos, éste se encuentra en imposibilidad de cumplir. Esta excepción debe ser extendida a todas las hipótesis en las cuales la inejecución de la obligación debe ser considerada como definitiva: contravención a una obligación de no hacer, imposiblidad cierta de ejecución, o voluntad cierta de no ejecutar. Así la voluntad de las partes puede hacer inútil la postura en mora". (Curso de Derecho Civil Francés — Beudant. Tomo VIII, número 577).

Se declara, en mérito de lo anterior, no probado el cargo que acaba de estudiarse.

Tercer cargo.—Error de hecho en la determinación de las fincas materia de contrato, o sea de la cosa arrendada.

Para el recurrente, el Tribunal erró al darle carácter de prueba al documento firmado entre la señorita Alvarez y el señor Dagoberto Quiza, por cuanto en él, no se determinó la cosa objeto del contrato, ya que los bienes raíces dados en arrendamiento no se especificaron por sus linderos, requisito indispensable, aun cuando el contrato de arrendamiento no se hubiera celebrado en forma solemne. Indica como violados los artículos 1495, 1500 y 1518 del C. C.

La Corte considera:

Siendo el contrato de arrendamiento, de los designados por la ley como consensuales, basta que los interesados se entiendan sobre la cosa y el precio, para que el acuerdo de voluntades entrañe su celebración.

Las partes no han discrepado con respecto a las fincas que fueron objeto de su convenio. Estas fueron individualizadas y determinadas por los nombres con que se distinguen y conocidas previamente por el arrendador, quien posee predios limítrofes a ellas. Para el poseedor, como es obvio, no había ninguna duda en cuanto a los linderos de las fincas de su propiedad. El sólo hecho de no determinar los bienes raíces objeto del contrato de arrendamiento, por sus linderos, no es causa suficiente para considerar que no hubiera acuerdo sobre la cosa arrendada. Además, se debe recalcar en el aspecto de que aparece la entrega de los inmuebles y el goce del arrendatario a su satisfacción, hasta el momento en que dicho goce se vio perturbado por culpa del propietario.

Del estudio de los documentos traídos a los autos, la Corte no ha podido inferir una discrepancia de las partes por los linderos o cabida de los predios materia de la convención, razón que unida a las anteriormente expuestas, impiden aceptar el cargo propuesto.

Cuarto cargo.—"Error de hecho en relación con la prueba presentada por el demandante para probar la estipulación (derecho de sembrar arroz) en contraposición del documento de arrendamiento".

"Violación directa de la ley sustantiva al aceptar prueba testimonial para probar estipulación en contrario del documento de arrendamiento".

Se agrupan para su estudio estos dos cargos por referirse a un mismo aspecto. Violación de la ley sustantiva, por haberse admitido como demostrado un hecho con la declaración de un sólo testigo. Mala apreciación de la prueba y violación de la ley sustantiva por haberse admitido la prueba testimonial contra lo estipulado en una prueba escrita, preconstituída, como lo era el contrato de arrendamiento firmado entre las partes por un valor mayor de $ 500.00.

El recurrente señala como violados los artículos 601 y 609 del C. J., 1767 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887.

La Corte considera:

Se ha repetido que el contrato de arrendamiento es consensual y que, por lo tanto, basta el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio, para que se tenga por celebrada la convención. Cuando se trata de inmuebles y el arrendamiento consta por escritura pública, el contrato puede oponerse a terceros, y en consecuencia, debe respetarse por quien adquiera el inmueble con posterioridad a la celebración del arrendamiento (Artículo 2020 del C. C.).

Pero tratándose de un acto o contrato de un valor mayor de quinientos pesos, al tenor del artículo 91 de la ley 153 de 1887, para su prueba en juicio, se requiere que conste por escrito o mediante una prueba de igual significación, como la confesión o el principio de prueba por escrito, que puede complementarse con la testimonial.

"No será admisible la prueba de testigos, en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aún cuando en alguna de esas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcanza a la suma de $ 500.00". (Artículo 91 de la ley 153 de 1887).

En otras palabras: no será tampoco admisible la prueba de testigos en cuanto se intente demostrar una adición, modificación o alteración de la obligación que resulta de lo pactado o contra el contrato. No cabe, por consiguiente, demostrar en contra de lo escrito por medio de prueba que no emane por escrito también de las mismas partes, o por medio de la confesión o con un principio de prueba por escrito. (Antonio Rocha. De la Prueba en Derecho, página 88.).

Por la naturaleza de la prueba de testigos la ley ha restringido su admisión, no aceptándola para los contratos de una cuantía superior a $ 500. De esta manera ha procurado obligar a las partes a preconstituir la prueba, a fin de no dejarla sometida al recuerdo de las personas que presenciaron el acto o contrato. De ahí la imposibilidad legal de probar contra lo estipulado por escrito. Contra la prueba escrita preestablecida entre las partes, no vale sino la contraescritura, o una prueba de igual categoría como la confesión, el principio de prueba por escrito, complementado con la prueba testimonial.

Por consiguiente, para la Sala, no está probada la modificación o alteración del contrato, en cuanto se sostiene por el arrendatario que la arrendadora lo había autorizado, contra lo estipulado en el documento, para efectuar plantaciones de arroz, en los predios materia del arriendo. Pero este reclamo no ha sido propuesto por la interesada, como acción en juicio. Se limitó simplemente a alegarlo como excepción, para demostrar que su contratante no había cumplido, en parte, su compromiso, pudiendo entonces hacer uso de la excepción "non adimpleti contractus". Más, como ya lo hemos visto, no se trata en el presente caso de demandar a uno de los contratantes la continuación del contrato ya terminado, sino de hacer efectivas las indemnizaciones que las partes hayan exigido y probado en juicio por el incumplimiento de lo pactado. Se busca liquidar el contrato ya extinguido. La señorita Alvarez no ha demandado el pago o indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado, por haberse empleado el bien para un objeto distinto del convenido y, por lo tanto, a la Corte no le es dable resolver sobre el particular.

En mérito de lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo quinto.—a) Condenación a reembolsar lo pagado. Error de hecho del Tribunal al considerar probada la obligación, o mejor, su existencia. b) Error de derecho en la apreciación de la obligación de Ana Rita Alvarez a favor de Víctor Perdomo.

Por tratarse de causales sobre un mismo hecho, la condenación al pago de $ 507.22, cubiertos por Dagoberto Quiza al ingeniero Víctor Perdomo, por cuenta de la arrendadora, sin su consentimiento, se estudian en un mismo aparte.

Para sostener estos cargos, el recurrente razona así:

1.) El Tribunal incurrió en error de hecho al considerar probada la existencia de la deuda, por razón de honorarios y gastos, de Ana Rita Alvarez a favor del ingeniero Víctor Perdomo, como pago del trabajo de liquidación y partición de una comunidad en la cual era la Alvarez el mayor accionista, deuda que alcanzó la suma de $ 507.22, y que Quiza pagó a Perdomo. Sostiene la recurrente, que cuando Quiza presentó la demanda no se habían causado los honorarios y gastos, pues la demanda de Quiza, materia del presente juicio, se presentó el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta, y la partición del globo de "Las Mesetas", se hizo tan sólo el veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y uno;

2) Que de acuerdo con el artículo 2338, numeral 4º, los comuneros tinen opción para verificar el pago de los honorarios y gastos en la correspondiente partición, pudiendo cubrir su deuda en dinero, o destinándose un lote de terreno pora tales gastos. Que en el expediente no hay prueba de que previamente se hubiera hecho el presupuesto de gastos. Que de acuerdo con los artículos 1557 y 1558 del C. C., en las obligaciones alternativas, la opción es del deudor. El acreedor, no puede demandar una de las dos cosas, mientras judicialmente no se haya determinado la obligación y su monto;

3.) Que este error de hecho llevó al Tribunal a violar los artículos 1626, 1630, 1631 y 1634 del C. C.;

4.) Esotiene que erró también el Tribunal en lo referente a la apreciación de la prueba sobre la existencia de la deuda, al aceptar que ella era susceptible de probarse por la confesión de la demandada, por no provenir tal obligación de un hecho de la Alvarez, que pudiera ser materia de su confesión, violando de esta manera el artículo 1769 del C. C.;

5.) Que cuando el comunero no cubre su cuota de gastos en dinero en la división de la comunidad, se entiende que opta por pagar en especie

y que si un tercero se apresura a pagar, este pago se hace contra la voluntad del responsable.

6.) Que la obligación de cubrir los gastos que demanda la liquidación de un bien común, no nace sino al estar ejecutoriada la providencia en que se reconocen, y en el presente caso se pagó antes de tal ejecutoria;

7.) Que por todo lo expuesto, el Tribunal violó los artículos 1556, 1557, 1558, 1634, 2338, 2335, 1632, 1626 y 1627 del C. C. y el artículo 1142 del C. J.

La Corte considera:

a) El señor Dagoberto Quiza, en ausencia de Ana Rita Alvarez, pagó en agencia oficiosa, al partidor de un predio común, en el cual tenía interés la Alvarez, antes de efectuarse la división de la comunidad como lo establece el inciso 4º del artículo 2338 del C. C., evitando de esta manera que se destinara una porción del terreno indiviso para cubrir los gastos del juicio;

b) No aparece probado en el proceso que Quiza hiciera ese pago al partidor contra la voluntad de la obligada, pues de las posiciones absueltas por ella, antes del juicio y durante éste, resulta claramente establecido que procedió simplemente sin su permiso o consentimiento; y mal podría haberlo obtenido, si para la época en que lo realizó se encontraba ausente la citada Alvarez;

c) De la prevención legal de que si el comunero no paga anticipadamente la cuota que le corresponde en los gastos, se deducirá dicha cuota del monto del valor del bien partible y se separará un lote para cubrir las expensas, no puede deducirse que el pago en el caso contemplado se hizo contra la voluntad de la obligada, pues no consta en forma alguna la manifestación de la Alvarez que pusiera de relieve su propósito de cubrir tales gastos con una parte del terreno.

En ausencia de la Alvarez, el agente oficioso cubrió la parte proporcional de los gastos, facilitando la partición y permitiendo la pronta liquidación de la comunidad. No se ha establecido, que obrando en tal forma se hubiera perjudicado a la deudora y antes, por el contrario, con la presentación del título de propiedad de la Alvarez, obtenido en la liquidación de la comunidad, se ha demostrado la ventaja obtenida por el pago oportuno de los gastos hechos por Quiza, pues se terminó con la indivisión y la Alvarez tiene ya el título definitivo que la acredita como dueña exclusiva del terreno que se le adjudicó;

d) Siendo ajustado a la ley, al tenor del numeral 4º del artículo 2338 del C. C., el que se hubieran cubierto previamente los gastos antes de empezar el reparto, el pago hecho por Quiza al partidor, fue la prestación efectiva de lo que se adeudaba y correspondía de conformidad con la obligación. En consecuencia, no se han violado los artículos 1626, 1627 y 1634 del C. C.;

e) En cuanto al pago hecho como agente oficioso por Quiza, se tiene lo siguiente:

El pago que un tercero hace por el deudor, puede ser de tres maneras: I—Con la voluntad expresa o tácita del deudor, en cuyo caso el que paga queda subrogado, por ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los derechos de éste, es decir, en todas sus acciones, privilegios, prendas e hipotecas. (Artículos 1630 y 1668, numeral 5º del C. C.).

II—Sin conocimiento del deudor, y en este caso, el que pagó no se entiende subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. El que paga en estas condiciones, sólo pretende liberar al deudor, extinguir la deuda; y esto no ocurriría si mediara subrogación, porque en virtud de ésta, el tercero que paga queda en el lugar del acreedor y puede ejercer contra el deudor, la misma acción que tenía el acreedor primitivo, con todos sus privilegios e hipotecas. Para que haya subrogación, es menester que el deudor conscienta, expresa o tácitamente, en el pago que hace el tercero.

No mediando conocimiento del deudor, el tercero que paga por él, no puede entablar como aquél la acción correspondiente a la obligación extinguida por su pago; pero tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; tiene la nueva acción como **negotiorum gestor**, por haber desempeñado un negocio del deudor. (Artículo 2313 del C. C.).

Este derecho es para el simple reembolso de la suma pagada al acreedor. Y

III—Contra la voluntad del deudor. En este caso el que pagó no tiene derecho a que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción. (Artículo 1632 del C. C.). Este es un caso especial de excepción, porque en principio, el que pagó por otro tiene recurso contra el deudor liberado.

No constando del expediente y de las pruebas aportadas al juicio que el citado Quiza pagó contra la voluntad del deudor y por el contrario,

apareciendo de la confesión de la obligada que tal pago se hizo simplemente sin su consentimiento, obró bien el Tribunal al ordenar se devolviera a Quiza lo que éste había pagado al ingeniero Perdomo por los gastos de la partición en la cual estaba interesada la demandada y que le aprovechó como se aprecia de los razonamientos anteriores.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva con fecha once de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—José Antonio Montalvo—Manuel José Vargas —Pedro León Rincon, Srio. en ppdad.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE TRANSITO. FORMALIDADES PREVIAS DE DERECHO PROCESAL PARA LA APLICACION DEL DERECHO SUSTANTIVO. CUANDO ES ADMISIBLE UNA DEMANDA Y CUANDO ESTA FUNDADA. PRESUPUESTOS PROCESALES.

1.—A fin de que pueda el Juez aplicar el derecho sustantivo, es decir, proveer sobre el mérito del proceso, es necesario que antes se hayan desarrollado las actividades procesales de conformidad con el derecho procedimental. Solamente si se ha desenvuelto el proceso regularmente, esto es, según los principios del derecho procesal, el Juez podrá, como se dice, "entrar en el mérito", o sea, "al fondo de la cuestión". Si viceversa, tales prescripciones no han sido tenidas en cuenta al fallar, la inobservancia del derecho procesal, cuando sea de cierta gravedad, constituirá un impedimento para decidir sobre el mérito del proceso.

2.—ADMISIBLE es la demanda propuesta y proseguida de la manera prescrita por el derecho procesal, independientemente del derecho de acción; FUNDADA, es la demanda cuando quien la propone tiene acción (en sentido concreto), independientemente de la regularidad del procedimiento en que tal demanda es propuesta y proseguida. El fundamento se refiere a la existencia de los requisitos constitutivos de la acción; la admisibilidad a la regularidad del procedimiento en el que la acción se ha propuesto y hecho valer. Puede ocurrir en el estudio de los procesos que la demanda,, aun siendo FUNDADA, no pueda ser admitida a examen por el Juez, porque las actividades del proceso no se hayan desarrollado en conformidad con el derecho procesal. El Juez, antes de proceder al estudio de fondo de la demanda, debe examinar si ha sido propuesta y proseguida siguiendo las prescripciones del derecho procesal. Antes de decidir sobre el mérito de la demanda, deben examinarse las cuestiones de procedimiento o de rito.

3.—De esta distinción entre cuestiones de mérito o de fondo, y cuestiones de rito o procedimiento, se desprende un concepto que aun cuando no está expresamente consagrado en la legislación, es hoy ampliamente utilizado por la jurisprudencia y los tratadistas, en conexión sistemática con el procedimiento judicial y es el llamado de los "presupuestos procesales". Los presupuestos procesales son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del Juez de proveer sobre el mérito. Así, mientras los requisitos de la acción se refieren a la relación sustancial que preexista al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda.

Los presupuestos procesales están integrados por tres elementos, a saber: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad procesal o para comparecer en juicio; y c) La legitimación en causa. La capacidad para ser parte se refiere a la condición que debe llenar el litigante para poder ser sujeto de un proceso. Esa condición se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas del derecho material: civil, mercantil, público. Estas condiciones las tienen también ciertos entes jurídicos o creaciones de la ley, que no son personas jurídicas, pero sí morales: la sucesión, la comunidad, la quiebra.

4.—El derecho de servidumbre corresponde al predio dominante y es ejercido por los propietarios o poseedores de éste. Si el bien pertenece a una comunidad, todos los copartícipes tienen derecho al ejercicio de la servidumbre; por consiguiente, una acción negatoria de ese derecho debe cobijar a todos los copartícipes del predio dominante, (Ley 120 de 1928 y 58 de 1941).

5.—El hecho de que el poseedor sea reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, no quiere decir que en caso de una comunidad, los comuneros que posean el inmueble lo hagan con prescindencia del derecho de los demás condueños.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez del Circuito en lo Civil de Moniquirá, presentó Primitivo Pinzón demanda ordinaria de mayor cuantía, contra Aura S. viuda de

Saavedra y contra sus hijos, todos mayores de edad, para que en sentencia definitiva se declarase que el predio agrícola denominado "Santa Elena", de propiedad del demandante, no está sometido a servidumbre alguna de tránsito en favor del predio de "Las Mercedes", de propiedad de los demandados, cuyos linderos se detallaron ampliamente. Que, en consecuencia, se prohiba a los mismos Saavedras el tránsito por el predio de "Santa Elena" bajo pena de multa, que señaló de mil pesos ($ 1.000.00) y exigió, además, la condenación en costas de los demandados en caso de que se opusieran a sus pretensiones.

Como hechos principales, indicó el derecho de dominio que ejercía sobre el predio sirviente de "Santa Elena"; el derecho de dominio que, a su vez, los demandados tenían en comunidad sobre el predio dominante de Las Mercedes, en la calidad de cónyuge sobreviviente, la señora de Saavedra y sus hijos, como copartícipes en la sucesión ilíquida de Ciro A. Saavedra; y, por último, el ejercicio ilegal, por parte de los Saavedras, de una servidumbre de tránsito a favor del predio de Las Mercedes y en perjuicio de su inmueble ya nombrado.

Admitida la demanda por el Juez de Primera instancia, que lo fue el del Circuito de Moniquirá, en el Departamento de Boyacá, y apersonados en el juicio los demandados, éstos se opusieron a las declaraciones pedidas y presentaron algunas excepciones, tales como la de inepta demanda, ilegitimidad de personería de las partes, cosa juzgada. Contrademandaron, por su parte, al actor, para exigirle el pago de daños y perjuicios por varios litigios que en diversas ocasiones les había seguido sobre el mismo asunto y pidieron además, que en caso de que prosperara la acción negatoria de servidumbre interpuesta, se obligara al demandante Pinzón a venderles la faja de terreno necesaria a fin de establecer la servidumbre de tránsito requerida en servicio del predio de Las Mercedes.

El Juez del conocimiento dictó fallo con fecha veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y tres, en el cual declaró probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada y se abstuvo de sentenciar sobre la demanda de reconvención propuesta.

La sentencia recurrida

Apelada la sentencia y estudiados por el Tribunal Superior de Tunja los fundamentos del fallo de primera instancia, esta corporación, luego de un estudio del problema jurídico planteado, revocó la sentencia y en su lugar dispuso desestimar la acción por falta de legitimación en causa.

De la sentencia en cuestión recurrió ante la Corte el demandante, y surtida aquí la tramitación legal del caso, se pasa a decidir.

Para mejor entendimiento del problema propuesto a la Corte, se detalla a continuación la forma como se ha verificado la tradición del dominio del predio dominante, hasta llegar a los actuales poseedores, la señora de Saavedra y sus hijos, a fin de determinar cuál es el alcance de su derecho sobre el inmueble en referencia.

a) Por escritura pública número 110 de 29 de julio de 1907, otorgada en la Notaría de Moniquirá, se protocolizó la causa mortuoria de Benjamín Saavedra, en la cual se adjudicó a su hijo Ciro A. Saavedra, los derechos y acciones que el causante poseía en el predio de Las Mercedes, en común y proindiviso con otros comuneros, demarcado como allí se expresó.

La partición correspondiente y la sentencia que le impartió aprobación, fueron debidamente inscritas en el libro de causas mortuorias y en el libro número 1º. Se le adjudicaron al heredero derechos en el predio de Las Mercedes, equivalentes a una cuota de ciento once mil cuatrocientos setenta y tres pesos ($ 111.473.00), sobre el valor total del bien, cuyo precio ascendió a la suma de trescientos cincuenta mil pesos ($ 350.000.00).

b) La inscripción extendida a favor del señor Ciro A. Saavedra no ha sido cancelada, como consta del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Moniquirá.

c) En debida forma se acreditó el matrimonio de Ciro A. Saavedra y de su esposa Aura y el nacimiento de sus hijos. Asimismo la defunción de Ciro A. Savedra y la posesión que sus herederos han ejercido sobre el predio de Las Mercedes.

El recurso de casación interpuesto

Acusa el recurrente la sentencia así:

"Por ser ella violatoria de la ley sustantiva por vulneración directa, citación y aplicación indebida, intelección errónea, valoración errónea de los documentos que adelante especificaré, y por la omisión en la estimación de elementos probatorios que incluso especificaré adelante, según los motivos que paso a señalar."

Divide su acusación en tres partes que denomina motivos, sin indicar en realidad, cuáles son

las causales de casación alegadas, pues involucra en un solo capítulo, las que considera como violaciones directas de la ley sustantiva y la violación de esta misma ley por mala apreciación de pruebas. Sin detallar mayores razones de hecho o de derecho, cita un sinnúmero de artículos del Código Civil y Judicial, sin dar el motivo o expresar la causa por la cual considera que han sido violadas las innumerables disposiciones que cita en su alegato.

Haciendo un examen de la demanda de casación, podemos concretar el pensamiento del actor en las siguientes razones, por medio de las cuales se ataca la sentencia en estudio:

1.) Que el motivo o razón encontrado por el Tribunal para absolver a los demandados, fue el de que el predio de Las Mercedes pertenecía a una comunidad, en la cual los demandados no tenían sino una cuota parte, y que habiéndose demandado exclusivamente a éstos, existía la ilegitimidad de la personería de la parte demandada, ya que la acción negatoria de servidumbre de iránsito debía seguirse contra todos los comuneros o copartícipes en el predio. Que la carencia o inexistencia de este presupuesto procesal fue alegada como mera excepción dilatoria por los demandados Saavedra y no como excepción de fondo, habiéndola tomado erróneamente el Tribunal en este último sentido.

2.) Que la existencia de una comunidad como propietaria del fundo dominante de Las Mercedes, fue alegada por los demandados, a quienes correspondía la carga de la prueba, máxime si se tiene en cuenta que el actor en el pleito negó la existencia de tal comunidad, correspondiendo la carga de la prueba a quienes afirmaron el hecho y no a quien lo negó.

3.) Que frente al instrumento público (escritura número 110 de 29 de julio de 1907, notaría de Moniquirá), que expresa que a Ciro A. Saavedra se le adjudicó una cuota parte en la comunidad del predio de Las Mercedes, en la sucesión de su padre Benjamín Saavedra, y que a la muerte de Ciro pasó el derecho a su esposa e hijos, el demandante sostuvo con una prueba testimonial que no existía tal comunidad, pues Benjamín Saavedra, luego su hijo Ciro, y más tarde la esposa de éste último y sus hijos, han poseído como señores y dueños el predio de Las Mercedes, como únicos propietarios, con exclusión de todo otro copartícipe. El Tribunal erró al no estimar la prueba testimonial aducida, violando la ley 120 de 1928 y los artículos 1757 y 1759 del C. Civil, por cuanto, dice, se le dio mayor valor probatorio al instrumento público que hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los otorgantes.

4.) Señala como violado el artículo 697, del Código Judicial, que estatuye que dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba, por cuanto el Tribunal ni siquiera mencionó los testimonios aducidos en el proceso por el actor, circunstancia que llevó al Tribunal a absolver a los demandados.

5.) Ataca igualmente la sentencia por no haber estimado y no haber tenido en cuenta el Tribunal el certificado del Recaudador de Rentas de Boyacá, donde aparece que Benjamín Saavedra, luego su hijo Ciro y, por último, Helio Saavedra, fueron quienes han cubierto los impuestos que en diversas épocas han gravado el predio de Las Mercedes, sin que haya habido otros copartícipes que hubieran cubierto estos mismos impuestos.

Señala como violados por estas dos últimas razones los artículos 632, 664, 697 del Código Judicial y la ley 120 de 1928.

6.) Con fundamento en el artículo 762 del C. Civil, que estatuye que la posesión es la tenencia de una cosa determinada, con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o quien se da por tal, tenga aquella por sí mismo, o a nombre de otra persona, disposición que, a la vez, ordena que el poseedor sea reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, afirma que el Estado, por medio de la rama judicial y los terceros deben tener al poseedor como único y verdadero dueño, mientras no se pruebe otra cosa.

7.) Que durante el proceso, logró demostrar en contra de lo que dice la escritura pública número 110 de 29 de julio de 1907, de la notaría de Moniquirá, y en contra del certificado sobre vigencia de la adjudicación que allí se contempla, que la comunidad que en tal título se nombra, no ha existido, ni existe actualmente, puesto que el predio cierto y determinado que lleva el nombre de Las Mercedes, por los linderos que constan en la demanda, ha sido poseído materialmente con ánimo de dominio exclusivamente por los demandados, por un espacio mayor de treinta años, agregando a su posesión la de sus antecesores.

Que habiendo los demandados alegado la existencia de la comunidad, han debido demostrarla en

juicio y no lo hicieron y que por el contrario, al contestar la demanda, como al proponer la reconvención, afirman el dominio único y exclusivo que ejercen sobre el predio de Las Mercedes, como causahabientes de Ciro A. Saavedra.

8.) Para el recurrente, la acción de servidumbre, en cualquiera de sus especies o clases, no exige como condición esencial el concepto de dómino a dómino. Que es grave error sostener, como lo hace el Tribunal, que se es dueño solamente mediante la inscripción del título, llegando al absurdo de que quien no tenga su inmueble mediante título, no es dueño, desconociendo el derecho de adquirir el dominio de los bienes raíces por medio de la prescripción, de la accesión, etc.

Que de acuerdo con la tesis sentada por el Tribunal, sobre la capacidad para comparecer en juicio, al demandante le correspondería establecer quiénes son los comuneros, aún los desconocidos, y en caso de acción contra una causa mortuoria ilíquida, tendría que obtener las hijuelas de los respectivos herederos y copartícipes.

La Corte considera

A fin de que el Juez pueda aplicar el derecho sustantivo, es decir, proveer sobre el mérito del proceso, es necesario que antes las actividades procesales se hayan desarrollado de conformidad con el derecho procedimental.

Solamente si el proceso se ha desenvuelto regularmente, esto es, según los principios del derecho procesal, el Juez podrá, como se dice "entrar en el mérito", o sea, "al fondo de la cuestión". Si viceversa, tales prescripciones no han sido tenidas en cuenta al fallar, la inobservancia del derecho procesal, cuando sea de una cierta gravedad, constituirá un impedimento para decidir sobre el mérito del proceso.

Admisible es la demanda propuesta y proseguida en los modos prescritos por el derecho procesal, independientemente del derecho de acción; **fundada,** es la demanda cuando quien la propone tiene acción (en sentido concreto), independientemente de la regularidad del procedimiento en que tal demanda es propuesta y proseguida.

El fundamento hace referencia a la existencia de los requisitos constitutivos de la acción, la admisibilidad a la regularidad del procedimiento en el que la acción se ha propuesto y hecho valer.

Puede ocurrir en el estudio de los procesos que la demanda, aún siendo **fundada,** no pueda ser admitida a examen por el Juez, porque las actividades del proceso no se hayan desarrollado en conformidad con el derecho procesal.

El Juez, antes de proceder al estudio de fondo de la demanda, debe examinar si ha sido propuesta y proseguida siguiendo las prescripciones del derecho procesal. Antes de decidir sobre el mérito de la demanda, deben examinarse las cuestiones de procedimiento o de rito.

De esta distinción entre cuestiones de mérito o fondo, y cuestiones de rito o procedimiento, se desprende un concepto que aun cuando no está expresamente consagrado en la legislación, es hoy día ampliamente utilizado por la jurisprudencia y los tratadistas, en conexión sistemática con el procedimiento judicial y es el llamado de los "presupuestos procesales".

Los "presupuestos procesales" son las condiciones que deben existir, a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del Juez de proveer sobre el mérito. Así, mientras los requisitos de la acción hacen referencia a la relación sustancial que preexiste al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda.

Los "presupuestos procesales" están integrados por tres elementos, a saber: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad procesal o para comparecer en juicio; y c) La legitimación en causa.

La capacidad para ser parte se refiere a la condición que debe llenar el litigante para poder ser sujeto de un proceso. Esa condición se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas del derecho material: civil, mercantil, público. Estas condiciones las tienen también ciertos entes jurídicos o creaciones de la ley, que no son personas jurídicas, pero sí morales: la sucesión, la comunidad, la quiebra.

En el presente proceso se ha dirigido la demanda contra la señora de Saavedra y sus hijos, en su propio nombre, haciendo caso omiso el demandante de la circunstancia de que los demandados no son dueños absolutos del predio dominante, sino que poseen en él simplemente una cuota parte, correspondiendo el resto a comuneros inciertos o desconocidos, por lo menos en el juicio.

Perteneciendo el predio de Las Mercedes a una comunidad, la acción negatoria de servidumbre, ha debido seguirse contra la comunidad representada por los copartícipes, entre los cuales figuran los Saavedras, y si los otros comuneros eran personas desconocidas o inciertas, ha debido seguirse el procedimiento que las leyes han establecido para la comparecencia de demandados en tales condiciones.

El derecho de servidumbre, en genral, es una carga impuesta sobre una heredad, para uso y utilidad de otra heredad perteneciente a otra persona. Entraña, pues, el derecho de servidumbre la existencia de dos predios pertenecientes a distintos dueños, ya que el mismo dueño no goza de sus cosas como de servidumbre, sino como propietario.

El derecho de servidumbre corresponde al predio dominante y es ejercido por los propietarios o poseedores de éste. Si el bien pertenece a una comunidad, todos los copartícipes tienen derecho al ejercicio de la servidumbre; por consiguiente, una acción negatoria de ese derecho, debe cobijar a todos los copartícipes del predio dominante.

Alega el recurrente que demostró en juicio con las disposiciones de varios testigos que los señores Saavedras eran los únicos dueños del inmueble de Las Mercedes, y que lo manejan como señores y dueños, con exclusión de cualesquiera otro u otros copartícipes.

La Corte no se aparta de que por interposición de título haya casos en que un comunero o grupo de comuneros logren poseer como señores y dueños, con prescindencia de los demás copartícipes y que poseyendo de esta suerte, con desconocimiento de los derechos de sus compañeros de origen, aleguen o puedan alegar la prescincripción adquisitiva de dominio.

Pero para presentar en juicio la extinción de la comunidad, es decir, la extinción de los derechos de los demás comuneros y considerar a los demandados en el presente juicio como únicos poseedores del predio dominante, era necesario que se hubiera seguido el correspondiente juicio, sobre declaración de pertenencia contra los demás comuneros, tal como lo reglamenta la ley 120 de 1928 y la ley 58 de 1941. El recurrente con el simple testimonio de varias personas da por probado este hecho que requiere una decisión judicial en acción promovida por los comuneros que se consideran dueños por la posesión de treinta años con prescindencia de los demás codueños, en juicio contradictorio contra éstos.

No tiene ninguna significación el hecho de que los comuneros Benjamín Saavedra y sus descendientes hayan cubierto las contribuciones que gravan el predio, porque sabido es que el comunero que paga o hace gastos en favor de la comunidad tiene acción para que se le reembolse por los demás condueños.

El hecho de que el poseedor sea reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, no quiere decir que en caso de una comunidad, los comuneros que posean el inmueble, lo hagan con prescindencia del derecho de los demás condueños. En el caso de autos, los señores Saavedras han alegado en su defensa la existencia de la comunidad, expresando que no tienen en ella sino una cuota parte; por consiguiente, contra su confesión y el instrumento público que expresa la misma circunstancia, mal se puede admitir la prueba testimonial para demostrar, contra lo aseverado por los mismos demandados, que ellos son los dueños absolutos del predio de Las Mercedes, por haber adquirido por prescripción el derecho de los demás condueños.

Obró, bien, pues, el Tribunal al declarar que la demanda no fue dirigida contra quien legalmente correspondía, esto es, contra todos los condueños del pretendido predio dominante, lo que implica ausencia de uno de los presupuestos procesales, el de la legitimación en causa, esto es, "que la persona que instaura la acción sea la misma a quien la ley concede esa facultad, y la persona contra la cual se hace valer, sea aquella que conforme a la ley es la responsable".

Las razones expuestas son suficientes para declarar no probados ninguno de los cargos presentados contra la sentencia.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, con fecha veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—José Antonio Montalvo—Manuel José Vargas —Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION DE BIENES RAICES SOCIALES ENAJENADOS POR EL MARIDO SIN CONCURRENCIA DE LA MUJER.—MAXIMA ERROR COMMUNIS FACIT JUS.

1.—Es doctrina constante de la Corte la de que la enajenación que uno cualquiera de los cónyuges haga por sí solo, después de la vigencia de la ley 28 de 1932, de bienes pertenecientes a su sociedad conyugal ilíquida, es atacable no por inválida o nula, sino porque siendo una venta de cosa ajena vale sin perjuicio de su verdadero dueño que puede demandarla en acción directa de reivindicación, no subordinada a ninguna nulidad.

Ya había sostenido la Corte como necesaria para la validez del acto jurídico la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º. De esto se desprende que la mujer como socia y, por lo tanto, partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad e inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver.

2.—La máxima ERROR COMMUNIS FACIT JUS requiere indispensablemente y con exigente calificación probatoria, que se demuestre la existencia de un error común o colectivo, que sea excusable e invencible y limpio de toda culpa y en el cual se haya incurrido con perfecta buena fe. Faltando algunos de estos elementos jurídicamente esenciales el error no puede ser fuente de derecho contra la ley y la buena fe no puede ser simplemente alegada como motivo suficiente para justificar su contravención.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Durante la sociedad conyugal formada entre Lázaro Calvo Pulecio y Julia Lara por efecto del matrimonio católico contraído por ellos, en Girardot, el 23 de julio de 1928, por medio de la escritura pública número 73, otorgada ante el Notario del Guamo el 11 de marzo de 1932, debidamente registrada, Calvo Pulecio, en su condición de único administrador de la sociedad conyugal, compró a Trinidad Pulecio, entre otros bienes, un globo de terreno denominado "Luisa", ubicado en jurisdicción municipal del Guamo y alinderado como allí se expresa.

En el año de 1933, sin que la sociedad conyugal se hubiera liquidado en ninguna de las formas legales y sin autorización, ni intervención, ni ratificación de la cónyuge Lara, su marido Lázaro Calvo, obrando por sí solo y como si fuera exclusivo dueño del inmueble, por medio de la escritura pública número 12, otorgada en la Notaría del Circuito del Guamo el 7 de enero del año citado, vendió a Hernando Calvo Pulecio un lote de terreno, desprendido del denominado "Luisa" de 85 hectáreas 973 metros cuadrados y encerrado por los linderos especiales que en ese instrumento señalan.

Este mismo lote fue vendido por Hernando Calvo Pulecio a Nicolás Melendro Cuenca, quien actualmente lo posee, por medio de la escritura pública número 119, otorgada en la Notaría del Guamo el 12 de junio de 1940.

El cónyuge Lázaro Calvo Pulecio murió en Bogotá el 14 de enero de 1937.

Con apoyo en estos hechos y en la razón de derecho de que el lote vendido por el marido pertenece en propiedad a la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, cuya gerencia no ejercía ya exclusivamente el cónyuge vendedor al tiempo de la venta y con exhibición de los títulos escritutarios correspondientes y las pertinentes pruebas sobre estado civil, en libelo de 7 de octubre de 1942, ante el Juzgado Civil del Circuito del Guamo, Julia Lara v. de Calvo demandó a Nicolás Melendro Cuenca para que mediante los trámites de un juicio ordinario se declare que pertenece a la sociedad conyugal Calvo Pulecio-

Lara el dominio del lote de terreno denominado "Luisa" ubicado en jurisdicción del Guamo, por los linderos que allí se expresan; que, como parte del precitado terreno, pertenece también a la misma sociedad conyugal ilíquida, el lote de 85 hectáreas 973 metros que Lázaro Calvo vendió a Hernando Calvo por escritura Nº 12 del 7 de enero de 1933, de la Notaría del Guamo; que consecuencialmente se condene al demandado como poseedor de mala fe, a restituir el lote últimamente referido con sus frutos naturales y civiles a la sociedad conyugal ilíquida, representada por la actora y por los hijos legítimos del matrimonio Calvo Pulecio-Lara, Leonor, Ernesto y Gladis Calvo Lara, y al pago de las costas procesales.

Subsidiariamente, para el caso de que no prosperen las peticiones principales, pide la demandante que se condene al demandado Melendro Cuenca a restituírle como dueña particular que es, la mitad del referido terreno y los frutos correspondientes a esta cuota.

Surtido el traslado legal de la demanda, el demandado lo evacuó aceptando algunos hechos, negando los otros y oponiéndose a las pretensiones de la actora. Alegó la excepciones perentorias de ilegitimidad sustantiva de la personería de la demandante como representante de la sucesión de su marido y las de inexistencia de la obligación y petición de modo indebido por no haber el demandado celebrado con ella ningún contrato sobre el lote demandado, que lo adquirió de buena fe por compra a Hernando Calvo que no ha sido demandado en este juicio. Melendro Cuenca denunció el pleito a su vendedor Hernando Calvo Pulecio, y éste a su vez, al ser notificado en la forma legal, lo denunció a la sucesión de su vendedor Lázaro Calvo Pulecio representada por su cónyuge supérstite y sus menores hijos. Admitida y notificada judicialmente esta última denuncia, fue rechazada por los denunciados alegando que la demandante no representa la herencia, que es contra quien procede la denuncia, la cual es improcedente contra la sociedad conyugal que no fue la vendedora y que es la verdadera demandante en la persona de su socia sobreviviente.

En la oportunidad procedimental el demandado contrademandó a Julia Lara v. de Calvo y a sus menores hijos, como representantes de la sociedad conyugal y de la sucesión de Lázaro Calvo, para que se declare que los demandantes carecen de derecho para intentar la acción ordinaria a que accede su contrademandada, y que, por consiguiente, se le condene a indemnizarle los perjuicios materiales y morales que con tal pleito se le causan y que él aprecia en la suma de $ 2.000, y las costas del juicio.

Trabado sobre estas bases el litigio, fue sentenciado por el Juzgado del Circuito el 30 de noviembre de 1943, así: se declara a favor de la sociedad conyugal Calvo Pulecio-Lara, la propiedad del lote "Luisa" y del desprendido de él por la venta de Lázaro Calvo a Hernando Calvo; se condena al demandado, considerado como poseedor de buena fe, a restituírlo a la actora, seis días después de ejecutoriada la sentencia, con sus frutos a partir de la contestación de la demanda y hasta el día de la restitución; se declara el derecho de saneamiento por evicción a favor del demandado y en contra de Hernando Calvo Pulecio con las restituciones e indemnizaciones que establece la ley sustantiva; no es el caso de declarar saneamiento por evicción a favor de Hernando Calvo y en contra de la sucesión de Lázaro Calvo Pulecio; se absuelve a la actora Lara de Calvo de los cargos de la demanda de reconvención. Sin costas.

Sentencia acusada

Contra este fallo de primer grado interpuso recurso de apelación la parte demandada y por esto subió el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué donde al final de los trámites correspondientes fue decidido definitivamente en segunda instancia por sentencia del 27 de julio de 1944, en la cual se confirmó la recurrida en cuanto a las declaraciones de dominio en favor de la sociedad conyugal Calvo Pulecio-Lara, en liquidación definitiva por muerte del marido; en la condena a restituir, calificado el demandado como poseedor de buena fe; en la absolución de la contrademandada, y se añadió la declaración de que no están probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado en la acción principal y la de que no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas subsidiariamente. Respecto a las denuncias del pleito, dijo: "Queda a los denunciantes del pleito, Nicolás Melendro Cuenca y Hernando Calvo Pulecio, expedita y a salvo, la acción de saneamiento por evicción consagrada en el capítulo 7º, Título 23, Libro IV del Código Civil, contra sus respectivos tradentes del dominio en el lote de terreno objeto de reivindicación, según los respectivos títulos de dominio con que justificaron sus denuncias". También sin costas.

Considera el Tribunal, después de enumerar los documentos y pruebas aducidos y de confrontar la fecha del matrimonio y la de la adquisición a título oneroso del terreno "Luisa", lo mismo que la de la venta que de parte de este terreno hizo el marido y la fecha inicial de la vigencia de la ley 28 de 1932, aducida como fundamento jurídico de la demanda, que es procedente la acción reivindicatoria que con personería propia ha intentado la cónyuge con su interés de socia y en beneficio de su soceidad conyugal ilíquida para reintegrar al patrimonio de ésta un bien que su marido enajenó ilegítimamente. Rectifica el Tribunal la tesis del demandado que sostiene que la demanda omitió hacer el pedimento esencial o básico de la nulidad de la venta de Lázaro Calvo a Hernando del mismo apellido y la consecuencial invalidez de la que éste hizo al demandado, para darle fundamento jurídico a la reivindicación demandada, sin lo cual no puede desconocerse el efecto de las tradiciones hechas, y para hacerlo recuerda la doctrina de esta Sala conforme a la cual la enajenación que uno cualquiera de los cónyuges haga por sí solo con posterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932, de bienes pertenecientes a su sociedad conyugal ilíquida, es atacable, no por inválida o nula, sino porque siendo una venta de cosa ajena vale sin perjuicio de su verdadero dueño que pueda demandarla en acción directa de reivindicación, no subordinada a ninguna nulidad.

El recurso

El recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado lo interpuso la parte demandada con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del C. J.

En los siguientes apartes de la demanda de casación sintetiza el mismo recurrente la primera acusación que por quebranto de ley sustantiva formula contra la sentencia definitiva de segunda instancia:

"El Tribunal violó directamente los textos de los artículos 1805, 1806, 1401 del C. C., 23 de la ley 153 de 1887, y 7º de la ley 28 de 1932, en cuanto los dejó sin relevancia jurídica alguna para el caso del pleito, al entender erróneamente que de acuerdo con el artículo 1º de la ley 28 de 1932, se había constituído singularmente el patrimonio de la sociedad conyugal, con existencia propia, y con derechos particulares en orden a su patrimonio, cuando en realidad dicha ley apenas había facultado a los cónyuges para liquidar dicha sociedad, para constituir dicho patrimonio social distinto del del marido y entregarlo a cada uno de los cónyuges, conforme a las adjudicaciones que de él se hicieran. Por consiguiente, el Tribunal está bien cuando afirma que los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen a la sociedad conyugal; pero no cuando supone a la sociedad conyugal anterior a la ley enunciada 28, con administración distinta de la del marido, por el solo ministerio del texto del artículo 1º de dicha ley, que como se ve, interpreta erróneamente y a la vez aplica indebidamente. Igualmente viola directamente los artículos 740, 669, 946 y 950 del C. C. cuando acepta la existencia de la sociedad conyugal con personalidad jurídica, sin antes haber ocurrido su disolución, o sea el día 7 de enero de 1933, fecha en que se celebró la compraventa entre Lázaro Calvo Pulecio y Hernando Calvo Pulecio, porque reconoce un derecho de propiedad en una persona que la ley apenas considera en determinadas y ciertas condiciones, pues fuera de aplicarlos indebidamente los interpreta erróneamente para concluir que la sociedad conyugal que no estaba separada del marido, era la que tenía derecho sobre los bienes a que se refiere la presente acción reivindicatoria... Aplica indebidamente e interpreta erróneamente los textos legales de la compraventa, y especialmente el artículo 1871 del C. C., cuando considera que no es legítimo el título que hace el marido de bienes sociales adquiridos con anterioridad al primero de enero de 1933, porque en relación con esos bienes, era indispensable la liquidación o separación de ese patrimonio para constituir el exclusivo de la sociedad conyugal y entregarlo a cada uno de los cónyuges, y porque supone una persona que en realidad la ley no le otorgaba derechos independientes a los otorgados al marido y que apenas vino a concebirse en virtud de la separación de patrimonios que creó el artículo 1º de la tántas veces mencionada ley 28 de 1932. Es decir, el sentenciador viola directamente los artículos 669, 740, 756, 759, 1806, 2637, 2652, 769 y 765 del C. C. al declarar que por pertenecer a la sociedad conyugal el inmueble a que se refiere la presente acción reivindicatoria, por haber sido adquirido durante el matrimonio y a título oneroso, no podría enajenarlo el marido, cuando en realidad a éste respecto de ese matrimonio ninguna ley le había restringido ni limitado

sus poderes en orden a bienes que estaban confundidos con sus propios, y cuando supone que el título que ha exhibido el demandado no es suficiente para oponerlo al que se ha presentado con la acción reivindicatoria; o sea, que aún perteneciendo a la sociedad conyugal el inmueble, no tuviera el derecho de disposición a que se refiere el artículo 1608 del C. C."

Considera la Corte:

En mucho excede a la cifra constitutiva de doctrina probable el número de decisiones uniformes que esta Sala de Casación Civil ha dado sobre el mismo punto de derecho, vinculado a la interpretación y tránsito del régimen jurídico patrimonial en el matrimonio de la ley 28 de 1932, que una vez más se plantea en la demanda de este recurso, en la cual no ha encontrado la Corte ningún nuevo aspecto de la cuestión, ni razones ni argumentos de más peso e importancia que los aducidos por ella en sus doctrinas jurisprudenciales, por lo cual las sigue sosteniendo. En sentencia de 2 de febrero de 1944 (G. J. tomo LVII, p. 24), en que fue ponente el mismo Magistrado sustanciador de este proceso, se hizo la exposición de la doctrina con referencia y copia de decisiones anteriores. Allí dijo la Sala:

"La viabilidad y procedencia de acciones como la instaurada en este juicio han sido admitidas y consagradas por la jurisprudencia reiterada de esta Sala de Casación Civil al interpretar, teniendo sobre todo en consideración el pensamiento que inspiró la reforma, el nuevo estatuto de la mujer casada consignado en la Ley 28 de 1932. Va ya para cinco años que la Corte expresó su parecer interpretativo en torno de los múltiples problemas que trajo la innovación legislativa en el régimen patrimonial del matrimonio, ya en sí misma, ya en las dificultades que se suscitaron al engranarla con el Código Civil, y procuró fijar en lo posible la significación y alcance de las principales disposiciones de la Ley refromatoria. Estos puntos de vista, reproducidos luego muchas veces, están expuestos en sentencia del 20 de octubre de 1937 (Gaceta Judicial, tomo XLVI), de la cual se copian los siguientes apartes contentivos de las razones que legitiman para la mujer, y para el marido en su caso, el ejercicio autónomo de acciones destinadas a volver a su sociedad conyugal constituída antes del primero de enero de 1933 e iliquidada aún, los bienes sociales de que haya dispuesto uno de los cónyuges con prescindencia del otro:

"...Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ellos ocurrido a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º .

"A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia.

"El mismo artículo 7º de la Ley sirve, para aclarar el alcance general del artículo 1º en el sentido explicado. El legislador, porque dispuso su alcance general, sin excepcionar a las sociedades constituídas antes, aún permitió la distribución extrajudicial de los bienes sociales a fin de ofrecerles a los cónyuges un medio fácil de acomodarse al nuevo Estatuto. De otra manera si la masa de bienes de las viejas sociedades debiera continuar gerenciada por el marido solo, el artículo sería incongruente con el artículo 7º, pues éste carecería de objeto. La científica interpretación de un cuerpo de normas debe ser siempre armónica, de modo que un precepto guarde relación con los demás y todos se concatenen y expliquen entre sí... Interpretando con entera desvinculación las dos disposiciones citadas, se rompe la armonía doctrinaria de la Ley 28 en fuerza de que resultaría exótico y sin razón el que de un lado se consagrara el principio de que un determinado orden de cosas continuara rigiéndose por normas abrogadas, y de otro lado se sentara un principio contrapuesto, dándose normas reguladoras para liquidar aquel estado de cosas.

"Todo el raciocinio precedente decide a la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico la intervención conjunta de marido

y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º.

"De todo lo dicho en la exposición anterior se desprende que la mujer como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la soceidad conyugal deben volver..."

"En sentencia de esta Sala, de fecha 20 de abril de 1942, a la vez que se reiteró y justificó la insistencia de la Corte en el sostenimiento de estas tesis, se hizo la enumeración de los diversos fallos pronunciados hasta entonces sobre éste y otros aspectos interpretativos de la Ley 28 a manera de índice, muy conveniente para facilitar, respecto de estas cuestiones, la función unificadora de la jurisprudencia nacional que primordialmente corresponde a la casación civil. A esa lista podrían ya agregarse nuevos fallos en el mismo sentido.

"Dentro del régimen jurídico patrimonial del matrimonio, anterior a la reforma del año de 1932, en que el marido era considerado ante terceros como único dueño de los bienes sociales, el dominio de la mujer sobre las cosas sociales, era un derecho inefectivo, una mera expectativa sin posible control ni intervención de su parte, que no adquiría eficacia y actualidad sino al disolverse la sociedad. No había en tal situación un estado jurídico de indivisión de bienes que supone la coexistencia de dos propietarios con derecho de terceros, del patrimonio de la sociedad conyugal. A partir del 1º de enero de 1933, bajo el nuevo sistema de la Ley 28, el dominio de la mujer sobre las cosas sociales en las sociedades conyugales preexistentes y no liquidadas entonces, dejó de ser ese derecho meramente potencial e ineficaz que era para convertirse en operante y real estado jurídico de copropiedad indivisa con su marido sobre los bienes sociales que éste, privado de su dominio exclusivo ante terceros y de su gerencia omnímoda, ya no puede enajenar por sí solo ni disponer de ellos libremente como bajo el imperio de la anterior legislación. La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria e inmediata aplicación desde que fue promulgada, ha producido, a no dudarlo, como inevitable efecto jurídico del tránsito de regímenes, la existencia de un patrimonio determinado y autónomo de la exclusiva propiedad de las sociedades conyugales ilíquidas en 1º de enero de 1933, distinto del patrimonio de cada uno de los cónyuges y del social en el antiguo sentido del Código Civil y sobre el cual ninguno de éstos, obrando por sí solo, puede ejecutar ningún acto de enajenación sin colocarse en la situación jurídica de quien vende cosa ajena, de cuyo dominio es único titular la sociedad conyugal ilíquida, entidad jurídica distinta de los cónyuges y dueña de un patrimonio independiente y autónomo respecto de éstos y de terceros que subsiste mientras no se acomode al nuevo régimen con la liquidación provisional que autoriza el citado artículo 7º de la Ley 28.

"La venta de la cosa ajena, válida en nuestro Derecho y origen de un título traslaticio y justo de dominio, constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los fenómenos típicos e inconfundibles en que ocurre el caso de la inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, en este caso la sociedad conyugal ilíquida, no produce efectos el contrato de compraventa conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes. La venta que uno de los cónyuges hace de un bien social en las condiciones ya vistas, es un contrato válido de acuerdo con la doctrina del artículo 1871 del C. C. de manera que resulta improcedente plantear con ocasión de acto de esta especie cuestiones sobre nulidad que no podría encontrarse porque no falta en él ninguno de los elementos de existencia ni validez contractual, que determina la ley. Y respecto de la tradición tampoco procede la declaratoria judicial de su inefectividad, como malamente lo entendió el Tribunal, porque tratándose de venta de cosa ajena la tradición que de ella se haga es inválida y el dueño, mientras su derecho no se extinga por prescripción, puede obtener del poseedor adquirente la entrega de la cosa. "Para que el modo de adquirir por tradición el dominio de las cosas produzca el efecto de transferir la propiedad, es necesario que ocurran ciertas condiciones subjetivas, que miradas en la persona del tardente consisten, como se ha dicho, en ser

dueño de la cosa, en tener la facultad de enajenarla y en abrigar la intención de hacer la transferencia. Repítese que no es tradente, la persona que dice enajenar o quiere enajenar, sino aquella que por la tradición es capaz de transferir y transfiere el dominio de la cosa entregada, es decir, el sujeto provisto de dominio, facultad e intención. De ahí que según los artículos 742 y 744 del Código Civil, la tradición no es válida mientras no la efectúe con voluntad el tradente o su mandatario o su representante. Lo cual significa que la tradición no puede ser hecha válidamente sino por el dueño de la cosa, hábil para disponer de ella y dispuesto a enajenarla, o por quienes obren dentro de los límites de un mandato o de una representación legal. Como si estos principios no fueran suficientes, el legislador quiso sentar uno más perentorio, y así dijo en el artículo 752 del Código que si el tradente no es el "verdadero dueño" de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. No se habla aquí simplemente de dueño, sino de "verdadero dueño", para condenar de una vez las enajenaciones hechas por dueños putativos o aparentes" (Gaceta Judicial XLIII, páginas 40 a 43).

"Es a la luz de la teoría de la inoponibilidad, según lo predicho, como más clara se ve y más jurídicamente se explica la doctrina de la Corte en que se ha hablado de invalidez e inexistencia de los actos jurídicos de disposición, ejecutados por el marido a espaldas de su cónyuge, respecto de bienes pertenecientes a sociedades conyugales que la ley 28 encontró ya formadas y que bajo su vigencia no han sido provisionalmente liquidadas.

"La acción conducente en este caso en que uno de los cónyuges ha dispuesto de un bien que no le pertenece, para que la sociedad conyugal, titular de la propiedad, sea reintegrada en su patrimonio; es la real de dominio o reivindicatoria que tiene el carácter de principal y directa, esto es, que su ejercicio no se subordina a la prosperidad de otra acción. Hay casos en que la acción reivindicatoria se presenta como consecuencial de una de nulidad o de una resolutoria, pero tratándose de la que compete al dueño de la cosa vendida por otro, para evitar perjuicio a su derecho, y en que se va a hacer una confrontación de títulos, es una acción independiente que no tiene por qué ser interferida por un contrato que le es inoponible a él aunque sea completamente válido entre quienes lo celebraron. Estas condiciones de la acción de dominio en querellas de esta especie fueron destacadas por la Corte en sentencia visible a página 267 del tomo LIII de la Gaceta Judicial".

Afirma el recurrente que el Tribunal quebrantó, además de los precitados textos legales, "todos aquellos preceptos sustantivos que en principio sustentan los derechos de los terceros y la buena fe, que también es reguladora y creadora de derechos (artículos 149, 150, 1947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1940 y 2199 del C. C.)", textos y principios violados directamente, por falta de aplicación, por no haber visto y tenido en cuenta el sentenciador que el demandado Melendro Cuenca es poseedor de buena fe por tener un título de adquisición y haber comprado de aquél a quien conforme a la misma ley se venía reputando como dueño legítimo de la finca.

Se refiere este breve pasaje de la demanda de casación a los principios generales de doctrina sobre la buena fe y el error común y los presenta y aduce en apoyo de su acusación de ilegalidad en forma de teoría o construcción jurídica a base de generalización de los textos legales que cita entre paréntesis. No sin dejar de advertir la dificultad que ofrece dentro de la técnica rigurosa que gobierna el recurso de casación el tratamiento de un cargo que se funda en la trasgresión de una máxima de derecho, no erigida en precepto legal, con la aducción de la causal primera que es violación de ley sustantiva, entendiéndose por tal toda disposición positiva que otorga o reconoce un derecho, es visible la improcedencia con que en este caso pretende el demandado que se ampare su situación jurídica como un derecho que merece protección y prevalencia por haber nacido de un error en que incurrió de buena fe. No concurren aquí, en efecto, las circunstancias y condiciones que según la doctrina y la jurisprudencia deben coexistir para que pueda ser judicialmente acogida la teoría de la buena fe como creadora de derechos en relación con el error excusable y común. La máxima error **communis facit jus**, como lo dijo esta Sala en sentencia en que se le dio acogida (G. J. XLIII p. 44), como "principio superior y general de derecho, sobreentendido por éste y del cual puedan deducirse consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el código", requiere indispensa-

blemente y con exigente calificación probatoria, que se demuestre la existencia de un error común o colectivo, que sea excusable e invencible y limpio de toda culpa y en el cual se haya incurrido con perfecta buena fe. Faltando alguno de estos elementos jurídicamente esenciales el error no poede ser fuente de derecho contra la ley y la buena fe no puede ser simplemente alegada como motivo suficiente para justificar su contravención. En este caso no podría hablarse sino de error simplemente personal causado innegablemente por una culpa de descuido y negligencia en quien lo sufrió. No resta, pues, sino la buena fe, con que obró el comprador, que la sentencia acusada tuvo en cuenta y la hizo objeto de especial mención como calidad jurídica prevista y regulada en la ley positiva para hacerle producir los efectos económicos que le corresponden ordinariamente en la determinación y alcance de las prestaciones restitutorias a que da lugar la reivindicación.

Se acusa también la sentencia de ser violadora de las disposiciones sustantivas que gobiernan la acción reivindicatoria, antes citadas, por cuanto se estimó que aparecía singularizado el inmueble demandado, cuando el título aducido al respecto se refiere por su alinderación a un globo o lote diferente del que se pretende reivindicar.

Totalmente infundado es este cargo porque la conclusión a que a este respecto llegó el Tribunal, con mención cuidadosa de pruebas y circunstancias, está respaldada por la confesión categórica del demandado. Se afirmó, en efecto, por el actor, en los hechos 9º y 10º de los fundamentales de su acción de dominio, que el lote que singulariza en la petición segunda de su demanda como objeto de la reivindicación fue desprendido del llamado Luisa y está actualmente poseído por el demandado Melendro Cuenca, quien al contestar personalmente el traslado de la demanda, expresó ser cierto lo aseverado en los dos hechos.

Finalmente, en un breve párrafo de su demanda acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 1897 y 1899 del C. C., en relación con las denuncias que se hicieron del pleito por el demandado a su vendedor y por éste a la sucesión del cónyuge que a su turno le vendió el lote a aquél, porque se desconocieron los derechos del comprador al no deducir la sentencia "el deber jurídico que tenían los denunciados en relación con el demandado por la evicción que podía deducirse en la sentencia".

Tampoco tiene fundamento en la ley esta acusación final respecto de las denuncias que oportunamente se hicieron del pleito, y sobre las cuales se lee en la sentencia: "Comoquiera que las denuncias expresadas se hicieron de acuerdo con la ley, claro es que a los denunciantes les quedará expedita la acción de saneamiento por la evicción, consagrada en el capítulo 7º, Título 23, libro IV del C. C., y así deberá reconocerse en esta sentencia". Y así se hizo en realidad, como se vio en la transcripción hecha al principio de este fallo. Se hizo legalmente la citación de evicción a los vendedores para vicularlos a su obligación de saneamiento y para que pudieran cumplirla en su primera parte, o sea, en la asistencia y defensa judicial de sus compradores. El resto de esta obligación de saneamiento de la venta, que se relaciona ya con el pago de la evicción con las restituciones e indemnizaciones que determina la ley, parte de la evicción misma, es decir, de cuando el comprador es privado judicialmente de todo o parte de la cosa comprada, y requiere por tanto, como requisito indispensable que se haya proferido la sentencia que cause la evicción en el juicio del reivindicador, en el cual, como es obvio, no se puede controvertir sino sobre lo que ha sido objeto de la demanda y no sobre las consecuencias de la evicción misma. En vista de estos principios legales no halla la Corte irregularidad alguna en haberse limitado la sentencia a dejar expedita y a salvo a los denunciantes la acción para el pago de la evicción de acuerdo con la ley, obligación ésta que, por lo demás, no reza con la sociedad conyugal Calvo Pulecio-Lara que como verdadera dueña del inmueble singularizado en la demanda ha triunfado en esta acción directa de dominio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 27 de julio de 1944, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza— Hernán Salamanca—José Antonio Montalvo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

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

(Magistrado ponen: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga en este juicio ordinario de Ignacio Cifuentes C. contra Eduardo Campo O. que cursó en la primera en el Juzgado Civil de ese Circuito.

Antecedentes

José Manuel Becerra, dueño del terreno Los Chorros, ubicado en Guacarí, apartando al efecto una zona de seis y media plazas de esa finca, la dio a Alfonso y Benjamín Domínguez para una sementera de arroz que éstos sembrarían y cuidarían y cuyos productos se repartirían mitad para ellos y mitad para él.

El 9 de septiembre de 1941 Becerra transfirió a Eduardo Campo, por precio recibido, sus derechos en la convención con los Domínguez, lo que se hizo constar en documento privado de ese día (Cuaderno 1º, folio 9), reconocido por Becerra y por los testigos que lo suscribieron (Cuaderno 3º, folios 10 y 11), y en tal virtud Campo ocupó el puesto de Becerra en ese negocio y, por ende, percibió la mitad de las cosechas de junio y noviembre del año siguiente.

Por escritura pública otorgada en Guacarí con el Nº 70 el 18 de abril de 1942 (Cuaderno 1º, folios 1 a 4), Becerra vendió a Ignacio Cifuentes en $ 3.000, de los cuales poco más de la mitad se pagó al contado y el resto quedó en poder del comprador para cubrir en su oportunidad al prenombrado Campo los dos créditos hipotecarios que allí se discriminan, el dicho terreno de los Chorros con cabida de diez y siete plazas, rectificable, y una cuota en la casa de La Armonía.

La escritura advierte que dicho terreno está compuesto "de pasto común y un arrozal en participación con unos señores Domínguez", y declara en su punto 5º: "Desde esta fecha queda el comprador autorizado para entrar en posesión material de los bienes, con los derechos y acciones consiguientes; pero se aclara que, con respecto al arrozal que contiene el lote de terreno de que se ha hecho mención, se deja a salvo el derecho o participación que en tal plantación corresponde a los Domínguez, hasta la terminación de ese cultivo. únicamente".

Cifuentes demandó a Becerra para la entrega material, la que se decretó por el Juez Civil del Circuito de Buga el 1º de diciembre de 1942 y se llevó a cabo el 30 de los mismos por el Alcalde de Guacarí, comisionado al efecto (Cuaderno 2º, folios 13 y 14), según acta que se cierra con estas palabras: "Se hace constar que durante esta diligencia de entrega no se presentó persona alguna a hacer oposición, aunque el interesado señor Cifuentes C. manifestó al funcionario que el lote encerrado con el cultivo de arroz pertenecía a una compañía de unos señores Domínguez".

Campo solicitó en la Alcaldía apercibimiento a Cifuentes para que cesaran las molestias que le estaba causando queriendo intervenir en el arrozal, lo que se decretó el 9 de febrero de 1943 en providencia revocada el 24 del siguiente abril por haberse involucrado gestiones personales con un problema real sobre mantenimiento del **statu quo** (Cuaderno 2º, folios 19 a 23).

En ese febrero presentó Cifuentes la demanda inicial del presente juicio, la que se notificó a Campo el 6 de marzo del mismo año (1943). Sus súplicas son estas: declaración de ser indebido el usufructo de Campo de la mitad del arrozal y de que se aprovechó sin derecho alguno para ello, de junio de 1942 en adelante hasta el 30 de diciembre del mismo año, de esa mitad de plantación, y condenación consecuencial a pagarle o devolverle las sumas que se apropió, obtenidas por la venta del arroz correspondiente a los cortes de junio y noviembre de ese año, con sus intereses corrientes desde que se apropió el arroz hasta que haga el pago, y además, los perjuicios que ha ocasionado al actor con el usufructo ejercido indebidamente, y las costas del jui-

cio. Estos perjuicios los estimó "en no menos de un mil pesos", pero defiere al avalúo pericial. En $ 656,25 y $ 708,74 fija las sumas recibidas por Campo al vender la mitad antedicha del arroz cosechado en junio y noviembre respectivamente.

Tramitada la instancia, la cerró el Juzgado con sentencia de 29 de febrero de 1944 que decretó todo lo pedido por Cifuentes, sin más salvedad que la de remitir a las partes a la actuación del artículo 553 del C. J. para la fijación de las cantidades aludidas, inclusive el avalúo de todos los perjuicios que "hayan podido sobrevenir al demandante" pór el ejercicio indebido de ese usufructo.

De esa sentencia apeló el demandado y el Tribunal Superior, tramitada la instancia, la confirmó en la de 24 de octubre de 1944, contra la cual Campo interpuso el recurso de casación que aquí se decide después de recibir su tramitación legal.

Las sentencias de instancia

A las pretensiones de Cifuentes opuso Campo su contrato con Becerra y los derechos que de éste adquirió desde el 9 de septiembre de 1941, acompañando el documento respectivo a su contestación a la demanda; y Juzgado y Tribunal desoyeron esta oposición porque conceptuaron que lo contratado entre Becerra y Campo fue una compraventa de bien raíz, de suerte que carecía de valor para acreditarla un documento privado.

Leídas y releídas detenidamente ambas sentencias, puede decirse que su fundamento cardinal, su razón de ser, es ese concepto.

El recurso

El recurrente ataca invocando el motivo 1º de los del artículo 520 de C. J., por violación de leyes sustantivas a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, y, como es lo natural, refuta ante todo aquel concepto básico, afirmando que lo que fue materia del contrato entre Becerra y Campo no es cosa inmueble sino mueble, de acuerdo con los artículos 655 y 659 del C. C., por lo cual el mero consentimiento bastó para perfeccionarlo, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 1857 de esa obra y, por lo mismo, habiendo entrado Campo desde entonces en posesión de lo comprado, debe ser preferido a Cifuentes, aunque se entienda que eso mismo vendido por Becerra a Campo quedó incluído en la venta que Becerra hizo después a Cifuentes. Censura la apreciación errónea del documento privado, tanto porque claramente éste revela que la intención de las partes fue contratar un arrozal, cuanto porque con igual claridad impide entender que el objeto del contrato fuera el suelo señalado para esa plantación y no simplemente los frutos de ésta. Otras pruebas de cuya errónea apreciación acusa son las posiciones pedidas por Cifuentes y absueltas por Campo, especialmente en cuanto la redacción de las preguntas concurre a demostrar que Cifuentes mismo reconoce que el objeto de aquel contrato no fue el suelo; las declaraciones de los Domínguez y demás testigos, en cuanto corroboran también este concepto, y las providencias policivas y actuación sobre entrega material ya citadas, que tienen igual sentido. Además, dice, que todo este haz probatorio hace ver cómo Cifuentes no ignoró al comprar ni menos pudo ignorarlo después en el lapso transcurrido entre su compra y su demanda, que el arrozal no entraba en su adquisición y que en la compañía a que éste pertenecía figuraba Campo.

De los cargos así resumidos el recurrente deduce el quebranto de las disposiciones del C. Civil que señala, entre ellas el artículo 756 por indebidamente aplicado y los artículos 659, 1602, 1603, 1618, 1857 y 1873 por no haberlos aplicado en su recto sentido.

Se considera:

No obra en autos un comprobante especial del convenio ajustado entre Becerra y los Domínguez; pero sobre su celebración y sus lineamientos aludidos no hay disenso entre los litigantes. Así es de reconocerse que es el contrato contemplado en los artículos 2036 y siguientes de ese Código, de los cuales el 2041 denomina al arrendatario **colono aparcero** y al reglamentar la excepción allí establecida, la funda en "la especie de sociedad que media entre el arrendador y él".

Becerra de un lado y los Domínguez de otro contrataron los productos del arrozal, comenzando por el señalamiento del terreno y estipulando sobre siembra y cuido para llegar al reparto de aquéllos. Este concepto es el que impone, no sólo la lectura del documento privado de 9 de septiembre de 1941, sino también lo declarado en la escritura de compraventa de 18 de abril de

1942 y la conducta, actos y gestiones subsiguientes de todos los interesados, Cifuentes inclusive. Si lo contratado entre Campo y Becerra hubiera sido la finca misma en la zona delimitada para la plantación, no se explicaría que éste no la hubiera exceptuado al otorgar a favor de Cifuentes la citada escritura de abril, ni se explicaría tampoco que al referirse este instrumento a la sementera de arroz fuera tan sólo, al estipular sobre entrega material de lo vendido, para decir que el derecho del comprador a esta entrega lo obtenía desde luego; pero que, en lo tocante al arrozal, quedaba a salvo el derecho correspondiente a la compañía de los Domínguez; y esta salvedad no es encaminada sólo a advertir que al respecto se presentaba esa compañía, sino también para advertir que el concomitante estorbo para la entrega inmediata no era indefinido sino temporal, pues la transcrita cláusula 5ª termina diciendo que esa salvedad o limitación no regirá sino "hasta la terminación de ese cultivo, únicamente". Conviene recordar que el arroz no es planta vivaz o perenne, sino anual.

El citado artículo 659 dice: "Los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellos como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño. Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina y a las piedras de una cantera".

Ante esta disposición legal y ante los hechos y breves reflexiones expuestos, sorprende que el Juzgado y, más aún, que el Tribunal hayan tenido por compraventa de un inmueble el contrato celebrado entre Campo y Becerra; y al propio tiempo ello basta para justificar el cargo respectivo y, por ende, para casar la sentencia materia del recurso: teniendo ella como soporte ese errado concepto, al corregirlo cae el fallo que de él se dedujo.

Para dictar el que ha de reemplazarlo según el artículo 538 del C. J., a las precedentes consideracinoes se agregan éstas: el conocimiento por Cifuentes del derecho de Campo está acreditado por las varias pruebas aludidas; por consiguiente, a reconocer ese hecho tan interesante en el litigio no se opone la circunstancia de que, en virtud del artículo 1762 del C. C., el documento privado de 9 de septiembre de 1941 no pueda tener alcance contra Cifuentes para el día de su escritura. Esas pruebas son: a) las declaraciones de los testigos Jesús María García, Liborio Plaza, Fermín Domínguez, Julio Díaz y Luis Mario Paredes (Cuaderno 3º, folios 8 a 12), quienes categórica y uniformemente afirman que Cifuentes "adquirió la finca de Los Chorros con el conocimiento de que el arrozal cuestionado era y es de una compañía compuesta por los socios señores Alfonso y Benjamín Domínguez y el señor Eduardo Campo O., por haber comprado éste sus derechos al señor José Manuel Becerra M....". Se advierte que el testigo Paredes no dice constarle el mencionado conocimiento de Cifuentes al comprar; pero sí dice que le consta que mientras la finca fue de Becerra Martínez, "éste respetó tal estado de cosas, pues nunca desconoció la validez de la venta que de la participación del arrozal celebró con el señor Eduardo Campo O."; b) El hecho de que Cifuentes nada reclamara contra la presencia e intervención de Campo en el lapso transcurrido desde su compra hasta la entrega material referida; c) El hecho de que en la diligencia de entrega dejara la constancia aquí transcrita.

Sería sobremanera extraño, por no decir inaceptable, que el adquirente de una finca ocupada en gran parte por una plantación valiosa, al menos en comparación con la extensión y precio del total, ignore quién está administrando y cosechando esa plantación y entre quiénes se están repartiendo sus productos. Cifuentes quedó advertido de que sobre el arrozal había el derecho de los Domínguez, por lo cual se excluyó de la venta y se indicó que la entrega de lo vendido quedaba aplazada en esa parte para cuando el cultivo terminara. Y si el silencio de Becerra sobre participación de Campo se entendiere como que de la venta a Cifuentes no excluía sino la participación de los Domínguez, de suerte que incluía la de Campo, se tendrá que, así las cosas, Becerra vendió separadamente esta mitad de frutos a dos personas distintas; a Campo en 1941 y a Cifuentes en 1942, lo que significa que a Campo lo respalda la preferencia establecida en el artículo 1873 del C. C.

En suma: el demandante sostiene que la participación del demandado en las cosechas de junio y noviembre de 1942 fue indebida y que, por tanto, debe pagarle con intereses lo que por ellas percibió y abonarle los demás perjuicios, acerca de los cuales de paso se observa que ningunos aparecen causados, a despecho de lo cual el Juz-

gado hizo la extraña condenación que el Tribunal confirmó. Y por haber demostrado Campo su derecho a esa percepción, intervención y disfrute, no puede declararse que esto sea indebido como lo pretende la demanda, ni hacerse una condenación a pagar o devolver que sólo cabría si este derecho no estuviese justificado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro y revocando la del Juzgado Civil de ese Circuito de veintinueve de febrero del mismo año, falla este pleito así: no hay lugar a hacer las declaraciones y condenaciones solicitadas en la demanda inicial de cuyos cargos se absuelve al demandado.

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

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS. EXCEPCION. INCONGRUENCIA INSTRUMENTOS NEGOCIABLES. DELITO. GRADUACION DE CULPAS. CAUSAL PRIMERA.

1.—La excepción, en el derecho ritual, constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado. La excepción es un medio de defensa, mas no engloba toda la defensa, la cual, en su sentido estricto, estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del primero y, por lo mismo, la acción. La excepción es pues, siempre autónoma de la acción. Con ese alcance la define el artículo 329 del Código Judicial, que define la excepción perentoria. Esta, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción.

2.—La causal segunda de casación del artículo 520 del C. J. se refiere al caso de que el fallo sea incongruente con el derecho o la excepción oportunamente deducidos en el juicio, en detrimento de lo preceptuado en el artículo 471 IBIDEM, último aparte. En otros términos, la causal procede únicamente ya cuando se resuelva sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver sobre los que han sido objeto del litigio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias opuestas a la acción, entendida la excepción como la entiende el derecho ritual, según lo antes expuesto. Por tal motivo, para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y, en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el "examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo".

3.—Tratándose de pagarés o instrumentos negociables el pago hecho por los principales obligados al deudor, descarga el instrumento, según los artículos 54 y 121 de la ley 46 de 1923 sobre instrumentos negociables. El descargo tanto quiere decir como que el crédito que consta en el instrumento desaparece porque se ha pagado.

4.—En el dominio de la responsabilidad civil por culpa la diferencia que según nuestra ley existe entre el delito y el cuasi delito es puramente psicológica. Habrá delito cuando el agente obra impulsado por mala intención por un fin nocivo, con ANIMUS NOCENDI. En el cuasi delito esta intención no existe; hay simple negligencia o imprudencia no intencionada. Pero esta intención carece de importancia práctica porque las reglas y las consecuencias de un hecho ilícito no dependen del nombre del delito o cuasi delito que merezca el hecho, sino de las condiciones sustanciales en que se consuma. Exista perjuicio con intención o sin ella, la ley obliga por igual al autor del hecho nocivo a reparar, sin establecer una correlativa graduación de los daños. Se reparan todos los daños. De ahí que la doctrina moderna prescinda de la nomenclatura tradicional, reemplazándola por otra cualquiera de significado más real, como DELITOS, HECHOS ILICITOS, bajo las cuales comprenden todo perjuicio causado, intencionado o no, de modo culpable a otro.

5.—La graduación de culpas contemplada por el artículo 63 del Código Civil se refiere a contratos y cuasi contratos, mas no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluída. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida. Ejemplo entre otros los artículos 298, 627, 1604, 1356, 2119, 2203 y 2347 del Código Civil.

6.—La causal primera del artículo 520 del C. J., es siempre de violación de la ley sustantiva, bien por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Cuando la violación de la ley proviene o radica en la equivocada apreciación de las pruebas, el cargo tiene que demostrarse en relación con determinada disposición sustantiva. No basta alegar que se ha incurrido en error en la apreciación de una prueba, si de otro lado se omite señalar la disposición infringida. Quien así alegue se queda, como tántas veces lo ha dicho la Corte, en mitad del camino. El recurso de casación por su naturaleza especial es formalista. Se diferencia mucho de las instancias, en las que el Juez, en algunos aspectos y materias pre-

vistos, tiene cierto poder oficioso. No así en casación, donde la Corte, para tener el derecho de examinar las apreciaciones de derecho o de hecho del sentenciador, requiere que en la respectiva demanda se formule el cargo, pero no de cualquier manera, sino como lo manda la ley.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Hechos

Por escritura pública número 1.439 de 20 de noviembre de 1929 otorgada en la notaría 3ª del Circuito de Bogotá, el señor Arturo Sánchez tomó a su cargo todo el activo y el pasivo de la sociedad E. Drago y Compañía, de acuerdo con los libros de ella.

E. Drago y Compañía, Ferro, Macía & Compañía y Emilio Drago, eran a la sazón deudores mancomunados y solidarios del Banco Francés e Italiano para la América del Sud, según documentos negociables del 29 de agosto, pagadero el 18 de noviembre de 1929, del 3 de agosto, pagadero el 1º de noviembre del mismo año, y del 18 de junio, pagadero el 17 de noviembre del mismo año, por las cantidades respectivamente de $ 3.000, 2.000, y $ 2.500. Igualmente E. Drago y Compañía debíale al Banco $ 325 con intereses, saldo del documento por $ 950 de 16 de abril de 1929.

El 17 de marzo del año siguiente, 1930, el Banco acreedor declaró en carta dirigida al señor Sánchez "libre y exonerado del pago de las obligaciones otorgadas a favor de este Banco", y que se acaban de enumerar. "El Banco hace a su favor esta declaración —agrega la carta— por habernos abonado en la fecha como pago de los cuatro pagarés relacionados, la suma de $ 4.000, reservándose el Banco el derecho de cobrar en la forma legal al señor Emilio Drago personalmente la diferencia entre la suma que Ud. nos ha pagado y el importe total de los pagarés en mención. En esta forma queda Ud. a paz y salvo con nosotros por razón de los aludidos pagarés".

Posteriormente, el 20 de mayo de 1930, el Banco cedió al doctor Juan Uribe Cualla, por valor recibido, los dos primeros pagarés enumerados; pero el de $ 3.000 hasta la sola suma de $ 1.325, El 3 de marzo y el 2 de febrero de 1931, respectivamente, el doctor Juan Uribe Cualla endosó a su vez al doctor Jorge Uribe Truque los mismos créditos.

En el mes de julio de 1932 el doctor Uribe Truque con base en los dos créditos anteriores demandó y obtuvo ante el juez 3º del circuito de Bogotá, el secuestro y embargo preventivo, por ausencia del deudor, de un almacén y un globo de tierra de propiedad de éste. En seguida ejercitó la correspondiente acción ejecutiva para el pago de los dos pagarés, ejecución que prosperó y sólo pudo ser detenida por el señor Sánchez merced a que propuso excepciones, una de las cuales apoyóse en la carta de pago de 17 de marzo, la cual prosperó tanto ante el juez como ante el tribunal superior de Bogotá, que confirmó el reconocimiento de la excepción liberatoria que había hecho el juez, en cuya virtud la ejecución se suspendió con el consiguiente desembargo y levantamiento del depósito de los bienes del ejecutado que habían sido sometidos a la traba.

La acción

Con base en los hechos anteriores sobre los cuales no existe disparidad entre las partes, ya que de ellos dan cuenta tanto las constancias contenidas en los pagarés, la carta del 17 de marzo dirigida por el Banco a don Arturo Sánchez, como las copias del juicio ejecutivo que a éste le siguió el doctor Jorge Uribe Truque, el señor Sánchez, por medio de apoderado, instauró juicio de responsabilidad civil ante el juez del circuito de Bogotá contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, encaminada a que lo indemnice de los perjuicios tanto materiales como morales que recibió provenientes del hecho de no haber puesto a salvo la responsabilidad de Sánchez al endosar o ceder los pagarés con que lo ejecutó el doctor Uribe Truque.

El Banco demandado opúsose a la demanda, diciendo en síntesis que los perjuicios de que se queja el demandante, en caso de haberlos recibido efectivamente, no fueron causados por el Banco, sino por hecho ajeno, puesto que todas las actuaciones del juicio ejecutivo fueron adelantadas y consumadas por el doctor Uribe Truque en su propio y exclusivo nombre. Además advirtió, contestando hechos del libelo, que "la cesión se amoldó a la reserva consignada en la carta de arreglo, pues obedeció a instrucciones que nos dio el señor Emilio Drago, por haber él pagado al Banco

la diferencia existente entre el monto de la suma percibida de Sánchez y el importe total de los pagarés".

Los fallos de instancia

El juez de primera instancia halló al Banco responsable de culpa, según la imputación de la demanda. Condenólo así al pago de perjuicios meramente morales; y lo absolvió de los materiales, apoyado en que no estaban acreditados suficientemente.

El Tribunal también halló al Banco responsable de culpa. Modificó la condena del juez en el sentido de ordenar al resarcimiento tanto de perjuicios materiales de todo orden como de los morales subjetivos para los cuales señaló en compensación la suma de $ 400. Dice así la condena:

"1º.—Declárase que el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, sociedad anónima extranjera, con existencia legal en Colombia, domiciliada en Bogotá, debidamente representada, es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales que causó al señor Arturo Sánchez B. por la omisión culposa consistente en no haber puesto a salvo la responsabilidad de éste al endosar o ceder, con fecha veinte de mayo de mil novecientos treinta, (mayo 20 de 1930), dos pagarés o documentos de deber, otorgados por Emilio Drago, E. Drago & Cía. y Ferro Macía & Cía. a favor de dicho Banco, el uno de fecha tres de agosto de mil novecientos veintinueve, por dos mil pesos oro colombiano acuñado ($ 2.000.00), y el otro de fecha treinta de agosto de mil novecientos veintinueve, por tres mil pesos oro colombiano acuñado, ($ 3.000:00), cedido hasta el importe de un mil trescientos veinticinco pesos ($ 1.325.00) oro colombiano acuñado, pagarés con relación a los cuales el Banco había declarado a Sánchez B. libre y exonerado del pago".

"2º.—Consecuencialmente, condénase al citado Banco a pagar al demandante Arturo Sánchez B., el valor de los perjuicios morales subjetivos, que se fija en la suma de cuatrocientos pesos moneda legal, ($ 400.00 m|l), el de los perjuicios morales objetivados y el de los simplemente materiales, causados a Arturo Sáschez B. por causa de la omisión mencionada".

"Parágrafo.—El monto o cuantía de los perjuicios morales objetivados y el de los materiales, será fijado en concreto al pedir la ejecución del presente fallo, con observancia de los trámites establecidos en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases que se han indicado para los perjuicios materiales en la parte motiva de este fallo, y para los morales objetivados las mismas bases en cuanto fueren procedentes y las demás que se establecieren, (artículo 480, C. J.)."

"3º.—Condénase a la parte demandada en las costas de las dos instancias".

El recurso de casación

Contra la anterior sentencia se invocan por el apoderado del Banco las dos primeras causales del artículo 520 del código judicial. El método y orden lógico exigen que primero se examine la causal segunda, pues de hallarse fundada, la sentencia caería, y en tal evento no habría materia sobre la cual recayese el estudio de la causal primera, que es violación de la ley sustantiva.

I

El recurrente afirma que el motivo de la causal segunda "se hace consistir en que el Banco demandado opuso oportunamente la excepción perentoria de la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, excepción que no fue analizada ni fallada expresamente por el sentenciador".

Con ánimo de fundar la acusación reitera la afirmación ya hecha desde la contestación de la demanda, referente a que el Banco no es el autor de las actividades judiciales de que la demanda se queja, o por mejor decir, el causante de los perjuicios cuya indemnización se pretende hacer efectiva por el señor Arturo Sánchez". Claramente éste así lo afirma en su libelo cuando dice: "Que con motivo de los mentados embargo preventivo y juicio ejecutivo el señor Sánchez sufrió menoscabo en su crédito y muchos otros perjuicios de orden moral" y de manera expresa atribuye "las considerables pérdidas de dinero y evidente trastorno en sus negocios" a "los aludidos embargos preventivo y juicio ejecutivo", reza textualmente el hecho 16 de la demanda.

Con lo cual el recurrente estima fuera de toda duda "que no fue el Banco el causante de los hechos determinantes de los pretendidos perjuicios, sino unas actividades judiciales en que fue autor único y responsable el señor Uribe Truque".

Se considera:

Como se advierte por las alegaciones del recurrente enderezadas todas a combatir el fundamento mismo de la acción de responsabilidad, propuesto por el actor y aceptado por el Tribunal, no hay tal que éste dejase de analizar y fallar la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado. Aun cuando el recurrente llame excepción a la defensa de que los hechos causantes del daño —la acción de embargo preventivo y el juicio ejecutivo— no fueron ejecutados por el Banco, esa defensa es apenas simple negativa y oposición al derecho ejercitado por el actor. Precisamente el actor le deduce la responsabilidad al Banco no por el acto positivo de haber instaurado la vía de apremio, sino por una omisión, causa y origen de aquel acto, que condujo al cesionario a considerar todavía deudor al señor Sánchez, sin embargo de haber sido liberado por el Banco antes de la cesión.

La excepción en el derecho ritual constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado. La excepción es un medio de defensa más no engloba toda la defensa. La defensa en su sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del primero y por lo mismo, la acción. La excepción es pues siempre autónoma de la acción. Con ese alcance la define el artículo 329 del código judicial, diciendo que excepción **perentoria** es todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió. De consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción.

La causal segunda de casación del artículo 520 del código judicial se refiere al caso de que el fallo sea incongruente con el derecho o la excepción oportunamente deducidos en el juicio, en detrimento de lo preceptuado en el artículo 471 ibidem, último aparte. En otros términos, la causal procede únicamente ya cuando se resuelva sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver sobre los que han sido objeto del litigio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias opuestas a la acción, entendida la excepción como la entiende el derecho ritual, según lo antes expuesto.

Por tal motivo para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y en consecuencia halla asidero la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de esta sala, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el "examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo". (Jurisprudencia de la Corte, números 1329, 1330 y 1332 del tomo V, volumen II).

Y como la causal invocada por el recurrente encamínase a impugnar los fundamentos de la sentencia recurrida, se rechaza.

II

En la última parte de la demanda de casación el recurrente hace el resumen de las alegaciones que trae a la Corte, y con referencia a la causal primera dice: "Los motivos de la primera causal los hice consistir en la violación directa de los artículos 2341 y 2343 del código civil; en la violación del artículo 63 del mismo código y en la violación del artículo 95 del código penal. Indirectamente y por aplicación indebida a esas disposiciones el sentenciador dio por establecida una relación de causalidad que no existió entre los endosos del Banco y la prosecución de la acción de embargo preventivo y juicio ejecutivo contra Arturo Sánchez anotándose en el particular evidentes errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos".

El precedente ataque dirígese a destruir el concepto del sentenciador de que la culpa del Banco está acreditada con sólo haber omitido en la cesión de los pagarés el haber salvado la responsabilidad de Sánchez. Dice el Tribunal en párrafo que también transcribe el recurrente, con lo cual relieva que para él es cardinal:

"Pero al guardar silencio (el Banco) incurrió en una abstención no sólo culposa, puesto que una persona prudente y diligente jamás incurre en semejantes omisiones, sino que, por su propio movimiento, deliberadamente, con pleno conocimiento, cedió los créditos insolutos, para que el cecionario los hiciese, o los pudiese hacer, legalmente efectivos contra todas y cada una de las personas que aparecían en los instrumentos obligadas al pago".

Más adelante agrega la sentencia:

"La causa directa y eficaz, pues, del ejercicio de las acciones, no fue la calidad de cesionarios, sino la omisión en que incurrió el Banco, el silencio culpable y malicioso que en derecho permitió la ejecución, y sin la cual, dicha ejecución habría sido legalmente inadmisible".

"Intervino la propia actividad del Banco, al no hacer reserva alguna en relación con Sánchez y E. Drago & Cía.; hecho que, por ser negativo (omisión), es en el fondo la verdadera causa para que Sánchez fuese ejecutado, para que se embargasen y secuestrasen sus bienes, para que sufriese los perjuicios que sufrió. Sin ella, los perjuicios, no habrían podido existir".

"La instauración de las acciones preventiva y ejecutiva, contra Arturo Sánchez B., no fue sino una simple consecuencia de la omisión cometida por el Banco Francés e Italiano; sin esa omisión, no se hubieran instaurado las acciones, ni se hubeiran causado los perjuicios; acciones y perjuicios, por igual, tienen su causa común y directa, en la omisión consumada culpablemente por el Banco".

"Y obsérvese, de paso, que la declaración del cesionario Jorge Uribe Truque define que la cesión fue sólo para efectos del cobro, y que el Banco en realidad era, para Uribe Cualla y Uribe Truque, el titular de derechos de crédito; esto es, que los cesionarios en realidad no eran sino simples diputados para el cobro judicial en beneficio del Banco, y que éste se escondía detrás de los cesionarios, bajo la cortina de una cesión: es cierto que la sola declaración de Uribe Truque no constituye plena prueba de lo aseverado por él en cuanto al alcance de la cesión, pero su condición de Juez Superior cuando la rindió, de cesionario de los instrumentos y de actor por la vía ejecutiva contra Arturo Sánchez, le dan a su testimonio el valor de indicio vehemente en grado sumo, o mejor una presunción atendible en su máximum de atendibilidad permitida legalmente, por ser claro, preciso, sincero, y proceder de persona que por las condiciones de cesionario, actor y Juez en la fecha en que declaró, no tenía interés en mentir, (artículo 696, C. J.)."

"La culpa, con todas sus características más acentuadas, está brillando por consiguiente en los autos, en contra de la entidad demandada".

El recurrente combatiendo las anteriores ideas, cita también el artículo 696 del código judicial, con el objeto de formular la acusación de que se infringió por haberse admitido como probado el hecho declarado por el Dr. Uribe Truque en la declaración única que hay en el proceso de que los cesionarios no eran sino simples diputados para el cobro judicial en beneficio del Banco. Y trae a cuento el artículo 63 del código civil, para decir que se aplicó indebidamente "no sólo porque admitió la omisión culposa, sin calificarla de **grave**, de **leve** o de **levísima** sino porque dada la condenación que hizo al pago de todos los perjuicios que afirma Sánchez haber recibido, prácticamente hizo responsable al Banco de dolo y no están probados en el expediente los elementos constitutivos de dolo. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro; y esa intención positiva no se ha demostrado en esta causa respecto a la actuación del Banco Francés e Italiano a tiempo de endosar los pagarés... Pero además de que el Banco no incurrió en la llamada omisión culposa al no hacer reserva en favor de Arturo Sánchez al endosar unos pagarés de que éste no era otorgante, resulta injurídico sostener la existencia de la intención positiva de inferir injuria a la propiedad de otro, hecho en que consiste el dolo, según el artículo 63 del código civil".

Por último el recurrente invoca el artículo 95 del código penal, para decir que el sentenciador lo violó, por haber condenado al pago de perjuicios morales subjetivos, lo cual sólo puede hacerse en el caso de prosperidad de la acción instaurada; mas "como la culpa no está demostrada en la actuación del Banco violó el sentenciador el artículo 95 mencionado en forma directa y ostensible".

La Corte considera:

La Corte no encuentra justificados ninguno de los anteriores cargos de casación, que convergen todos a destruir el concepto afirmativo del sentenciador de que el Banco se hizo responsable de una acción indebida contra el señor Arturo Sánchez cediendo sin salvedades unos pagarés de cuyo pago lo había declarado libre. El recuento de los hechos por sí mismo lleva virtualidad acusadora. De esos hechos surge palpable la culpa del Banco, como lo reconoció el Tribunal, pues no es posible admitir que él ignorara los efectos de su carta de 17 de marzo.

En efecto. El Banco que poseía el carácter jurídico de tenedor de los cuatro pagarés, y por ende, en su condición de acreedor, con el pago de $ 4.000 por parte del señor Sánchez, uno de los obligados solidarios, lo declara a él libre y exo-

nerado de las deudas. Le dice que en esta forma queda "a paz y salvo con nosotros por razón de los aludidos pagarés". Es decir, que el Banco del monto de las cuatro obligaciones le rebajó al deudor Sánchez lo que excedía de la cantidad por éste abonada, rebaja que equivale también a una renuncia de la solidaridad del acreedor con relación al deudor Emilio Drago & Cía., en la parte de los créditos que continuaba insoluta. El primer endoso fue hecho por el Banco con posterioridad a su mencionada declaración; y ese endoso lo hizo en forma incondicionada, cual si Sánchez fuese todavía su deudor. La reserva contenida en la carta acerca de los derechos del Banco para cobrarle al señor Emilio Drago, personalmente, la diferencia entre la suma pagada por Sánchez y el importe total de los pagarés en nada vinculaba a éste con el Banco, pues Sánchez sólo tomó a su cargo en la escritura de 20 de noviembre de 1929 los créditos contra Emilio Drago y Compañía; de suerte que nada tenía que ver con las obligaciones personales de Emilio Drago hacia el Banco, aún dimanadas de los mismos pagarés, a mérito del alcance absoluto y definitivo del finiquito que recibió Sánchez, de quedar a paz y salvo con el Banco, que era acreedor único, por razón de aquellos instrumentos.

Aún más; la situación del Banco se agrava con la carta de 28 de mayo de 1931 que le dirigió a Arturo Sánchez en contestación a la en que éste reclama explicaciones de la razón que tuviera para efectuar el endoso sin restricciones de los pagarés, después de haberlo declarado libre de ellos. Contestación contradictoria, pues a la par que el Banco le reitera al señor Sánchez la manifestación de que con él está a paz y salvo, afirma que "A nuestro entender unas son las relaciones de Ud. con el Banco y otras muy distintas las suyas con el señor Emilio Drago o con los señores Emilio Drago y Compañía; y quizá por confundir Ud. esas dos relaciones se dirige a nosotros quejándose de un cobro que no es nuéstro sino de los doctores Uribe Cualla y Escobar López".

El error del Banco provino del alcance que le dio a la constancia que él dejó en la carta de pago consistente en que se "reservaba el derecho de cobrar al señor Emilio Drago, personalmente, la diferencia" entre la suma abonada y el importe total de los pagarés. Error inexcusable, porque el sentido obvio y natural de tal reserva sólo hacía relación al señor Emilio Drago, y significaba que no obstante el pago hecho por Sánchez, a quien declaraba libre por el saldo insoluto de los pagarés, la liberación de ese saldo no comprendía a Emilio Drago personalmente.

La reserva contra Emilio Drago tuvo efecto, según se desprende de la contestación de la demanda en la que se confiesa que el Banco recibió de aquél la diferencia entre el monto de la suma recibida de Sánchez y el valor total de los pagarés y que fue obedeciendo a instrucciones de Drago que el Banco endosó los pagarés.

Tratándose de pagarés o instrumentos negociables el pago hecho por los principales obligados, al deudor, descarga el instrumento, según los artículos 54 y 121 de la ley 46 de 1923 sobre instrumentos negociables. El descargo tanto quiere decir como que el crédito que consta en el instrumento desaparece porque se ha pagado. Si Sánchez a nombre de uno de los principales obligados satisfizo gran parte de los pagarés, y el señor Emilio Drago, otro principal obligado, pagó el resto, con lo cual los instrumentos fueron legal y legítimamente descargados, extinguiéndose así todo derecho crediticio del Banco, ¿cómo pudo éste cederlos sabiendo o debiendo saber que estaban extinguidos? El Banco dice que la cesión la hizo por instrucciones de Emilio Drago; ¿pero acaso el Banco estaba facultado para intervenir en las relaciones directas y personales entre Emilio Drago y Arturo Sánchez, como sucesor de Emilio Drago y Compañía, o era mandatario del primero? Si Emilio Drago tenía que reclamar derechos contra Sánchez, por razón de su solidaridad en las deudas de los documentos, el camino no era el de que el Banco mantuviera vigente su calidad de acreedor, después de habérsele pagado, sino que Drago le hiciese directamente las reclamaciones a Sánchez; y al prestarse el Banco a revivir los pagarés mediante su endoso, incurrió en inexcusable falta.

Falta que fue a no dudarlo la causa y el origen de la acción promovida por el doctor Uribe Truque, quien al ejecutar debió hacerlo en alguna de estas dos calidades: o como real y verdadero adquiriente de los instrumentos, de acuerdo con el texto de los endosos, o como agente del Banco, según él lo declara y acepta el Tribunal en pasaje de la sentencia que se deja transcrito. En ambos casos sobre el Banco tienen que refluír necesariamente las responsabilidades de la injustificada ejecución contra Sánchez, porque en cualquiera de ellos surge como el autor principal del hecho generador del daño: si real endosante, hizo el

traspaso de una deuda que le había sido pagada, a un tercero que hay que suponer de buena fe, y a quien por consiguiente no se le hizo saber el contenido de la carta de pago; si con ánimo de encubrir un mandato de cobro, por perseguir judicialmente una deuda que se le había cancelado.

De manera que para aceptar la responsabilidad del Banco como autor del hecho generador del daño inferido a Sánchez —la ejecución judicial— nada se sacaría con destruir la apreciación del Tribunal basada en la declaración rendida en el juicio por el doctor Uribe Truque de haber procedido él con el carácter de mandatario del Banco, a lo cual tiende la acusación del recurrente, de supuesta violación, con esa apreciación, del artículo 696 del código judicial, por haberle dado el Tribunal a tal declaración el mérito de plena prueba, pues entonces prevalecería la otra consideración de que el Banco cedió el crédito no obstante que se le había pagado ya. De todas maneras sobre el Banco recae la responsabilidad directa, origen y causa del daño.

Si la culpa, conforme nuestra jurisprudencia, es el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona avisada y diligente, hallándose en las mismas circunstancias externas del autor del daño, noción en la cual caben así las culpas por hechos positivos como por omisión, pudiendo las segundas ser de naturaleza tan grave como las primeras, encontrándose allí también la escala ascendente que va de la culpa intencional, originada en abstenerse de un acto, de una intervención oportuna, de una iniciativa, a que el ciudadano lo obliga la simple convivencia social, por pereza, despreocupación o negligencia, sin propósito específico de hacer el daño, hasta la culpa intencional, equivalente al dolo en que el agente del daño se abstiene con malicia y propósito deliberado de causarlo, no hay la menor duda que la actitud del Banco, reviviendo con el endoso unos pagarés que estaban descargados, muertos, de los que ninguna relación jurídica sobrevivía entre él como acreedor y Arturo Sánchez como deudor, está manchada de culpa. Para los fines de resarcir el daño causado a la víctima nada importa la calificación que esta culpa merezca, intencional o no. Tratándose de una institución tan seria y respetable como el Banco Francés e Italiano, la Corte aleja de ella toda imputación de dolo. La integridad moral de ese establecimiento bancario no se afecta. Pero la persona de mejor proceder, de más intachable conducta, no está exenta, por falta de estudio, por un equivocado consejo, por ofuscacin, etc., de cometer una ligereza, adoptar torpemente un mal camino, en detrimento patrimonial de un tercero. Entonces por justicia debe indemnizar, porque es culpable de la acción dañosa.

En el dominio de la responsabilidad civil por culpa la diferencia que según nuestra ley existe entre el delito y el cuasi delito es puramente psicológica. Habrá delito cuando el agente obra impulsado por mala intención, por un fin nocivo, con **animus nocendi.** En el cuasi delito esta intención no existe; hay simple negligencia o imprudencia no intencionada.

Pero esta intención carece de importancia práctica porque las reglas y las consecuencias de un hecho ilícito no dependen del nombre de delito o cuasi delito que merezca el hecho, sino de las condiciones sustancailes en que se consuma. Exista perjuicio con intención o sin ella la ley obliga por igual al autor del hecho nocivo a reparar, sin establecer una correlativa graduación de los daños. Se reparan todos los daños.

De ahí que la doctrina moderna prescinda de la nomenclatura tradicional, reemplazándola por otra cualquiera de significado más real, como DELITOS, HECHOS ILICITOS, bajo las cuales comprenden todo perjuicio causado, intencionado o no, de modo culpable á otro.

De consiguiente la supuesta violación de los artículos 2341 y 2342 del código civil, en razón de que el Tribunal le deduce al demandado culpa, causa del daño inferido, es inadmisible.

Inoportuna es igualmente la invocación de los artículos 63 del código civil y 95 del código penal en el concepto en que se dicen violados.

El 63 se dice violado, porque "prácticamente el Tribunal hizo responsable al Banco del dolo y no están probados en el expediente los elementos de dolo". Según está dicho no era necesario el elemento dolo en orden a reputar culpable al demandado de los perjuicios que causó por el proceder ligero de revivir unos cheques que estaban cancelados.

De otro lado la graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, mas no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluída. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de

la culpa cometida. Ejemplo, entre otros, los artículos 298. 627, 1604, 1356, 2119, 2203 y 2347 del código civil.

La acusación sobre el artículo 95 del código penal se funda en que esta disposición sólo confiere facultad al juzgador para hacer fijación prudencial de daños morales inobjetivados en el caso de prosperidad de la acción ejercitada, y que como en este juicio la culpa del demandado no está demostrada, el Tribunal violó dicha disposición al señalar la suma de $ 400 al señor Sánchez a título de reparación de daño moral invaluable.

Siendo el cargo consecuencial de la tesis del recurrente acerca de la inexistencia de la culpa, corre la suerte adversa de los anteriores.

Por último, el recurrente formula un cargo final relacionado con el monto de los perjuicios que sufriera el demandante. Dice que también erró el sentenciador "al desconocer totalmente una prueba como la suministrada por la Administración Nacional de Hacienda, que comprueba la inexistencia de perjuicios materiales no obstante lo cual el Tribunal condenó al pago de ellos".

En el particular la violación de la ley por parte del sentenciador proviene de la falta de apreciación del certificado expedido por aquella oficina en relación con la renta gravable del señor Sánchez de los años corridos de 1932 a 1939.

Afirma el recurrente que de ese certificado se deduce "que no solamente no hubo en la época del litigio pérdida en los negocios, menoscabo del crédito, desorganización de las finanzas del señor Sánchez, sino auge creciente, que ha seguido en ascenso".

Se observa:

La causal primera del artículo 520 del código judicial, a cuya categoría pertenece este cargo, es siempre de violación de la ley sustantiva, bien por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. Y cuando la violación de la ley proviene o radica en la equivocada apreciación de las pruebas, el cargo tiene que demostrarse en relación con determinada disposición sustantiva. No basta alegar que se ha incurrido en error en la apreciación de una prueba, si de otro lado omítese señalar la disposición infringida. Quien así alegue, quédase, como tántas veces lo ha dicho la sala, en mitad de camino.

El recurso de casación por su naturaleza especial es formalista. Se diferencia mucho de las instancias, en las que el juez en algunos aspectos y materias previstos tiene cierto poder oficioso. No así en casación, donde la Corte, para tener el derecho de examinar las apreciaciones de derecho o de hecho del sentenciador, requiere que en la respectiva demanda se formule el cargo, pero no de cualquier manera, sino como lo manda la ley.

El recurrente omitió señalar la disposición sustantiva que se infringiera a través de la apreciación probatoria del certificado del administrador de hacienda. Por lo tanto el cargo así formulado es inane.

Sentencia

Por lo expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, materia del recurso de casación examinado.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese el fallo en la Gaceta Judicial.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón—Secretario en propiedad.

MANDATO

El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, que puede ser expresa o tácita, según que se manifieste por escrito o de palabra, o que se deduzca de la ejecución de un hecho que de una manera clara demuestre que el apoderado se encarga de la gestión. (Artículo 2150 C. C.). Y el objeto del contrato, cumpliendo el requisito de ser un acto jurídico, puede ser constitutivo de cualquier gestión, con los límites y facultades que la voluntad del comitente quiera señalar. El apoderado, en el contrato de mandato civil, obra por cuenta y riesgo de la persona que le confía la gestión del negocio. El mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante; su papel es siempre de intermediario y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Esto cuando el mandato es aparente; pero el apoderado puede, en desempeño de su encargo, contratar en su propio nombre, como si el negocio le interesase personalmente. El comitente en este caso queda desligado de toda acción de parte de terceros, y al mandatario que ha obrado de hecho por encargo del mandante, aunque haya ocultado su calidad al contratar, corresponden activa y pasivamente los efectos legales del contrato, sin perjuicio de las relaciones de derecho que lo ligan a su comitente, originadas en el contrato de mandato, como la rendición de cuentas por lo que ha hecho y la entrega de los beneficios obtenidos. En derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandato ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas, y el caso jurídico del mandatario como personal interesado siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación.

La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del C. C. al autorizar el mandato oculto, nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de apoderado y en libelo de fecha 22 de enero de 1940, dirigido al Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, Rosendo Escobar demandó en acción ordinaria a Manuel E. Escobar para que se declare que la finca rural denominada Tesorito, ubicada en el paraje de Callelarga, del Municipio de Calarcá, con casa de habitación y sementeras, alinderada como allí se dice, pertenece en pleno dominio al demandante, por haber el demandado procedido como mandatario de éste en la compra que de esa finca hizo a Roque Padilla y que consta en escritura pública número 569 de 14 de noviembre de 1935, de la Notaría 2ª de Calarcá, y haber pagado el precio con dinero de su propiedad; que, en consecuencia, se le condene a entregarla al actor, dentro del término legal, con sus frutos naturales y civiles desde el día de su adquisición hasta el de la entrega, y que se le condene, además, a rendirle cuentas al demandante, del mandato y de la administración de la finca.

Subsidiariamente se pide que se condene al demandado a pagar al actor la cantidad de $ 5.000 que recibió com apoderado, en el año de 1935, para invertirlos en la compra del inmueble, con sus intereses correspondientes, y los perjuicios que le ha causado por el incumplimiento de sus obligaciones de mandatario, más las costas del juicio.

Los hechos fundamentales de la acción consisten, en síntesis, en que Rosendo Escobar entregó al demandado, en tres partidas, en el año de 1935, la cantidad de $ 5.000 para que con ese dinero le comprara una finca rural al demandante; que Manuel

Escobar recibió esa suma para que realizara el negocio que se le encomendó y que con ella compró a Roque Padilla el inmueble de Callelarga, en Calarcá, pero que en la escritura de la compraventa no hizo constar Manuel Escobar que procedía como mandatario del actor sino que apareció comprando personalmente; que el demandado ha manifestado al actor que está dispuesto a transferirle el dominio de Tesorito, por haber omitido en la escritura la declaración de que adquiría la finca para él, pero que en el mes de enero de 1940, después de haber ordenado hacer la escritura correspondiente en la Notaría 1ª de Calarcá a requerimiento del demandante, se ocultó a última hora, negándose a cumplir lo prometido, por lo cual ha sido necesario intentar el presente juicio ordinario.

Surtido el traslado legal de la demanda, el demandado no aceptó como cierto sino el hecho e), referente al otorgamiento de la escritura Nº 569 del 14 de noviembre de 1935, negó todos los demás y se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas.

El Juzgado del Circuito de Calarcá, al término de la actuación correspondiente sentenció el primer grado del juicio declarando que el demandado Manuel A. Escobar, como mandatario de Rosendo Escobar, adquirió para éste el pleno dominio de la finca rural denominada Tesorito, ubicada en el paraje de Callelarga del Municipio de Calarcá; que en consecuencia, este inmueble pertenece a Rosendo Escobar "por haber sido esa la intención de Manuel A. Escobar al adquirirla de Roque Padilla;" que el demandado debe entregarla con sus anexidades y frutos a partir de la contestación de la demanda dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, y debe pagarle los perjuicios que le ha causado con el incumplimiento del mandato, más las costas judiciales.

Sentencia acusada

Se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira por apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia del Juzgado, la cual fue revocada por la del Tribunal que, en cambio, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda. Sin costas.

Advierte el sentenciador que con el criterio consignado en el artículo 2149 del C. C. son apreciables y conducentes toda clase de probanzas que se aduzcan para acreditar la existencia del contrato de mandato, cualquiera que sea el negocio jurídico en que haya intervenido el mandatario en el ejercicio de su cargo pero en nombre propio, y en seguida enumera y analiza discriminadamente la abundante prueba testifical aducida en demostración de los hechos fundamentales de la demanda, y aunque tiene por testimonialmente establecido que el demandado Escobar confesó o manifestó extrajudicialmente en varias ocasiones que había recibido de su hermano Rosendo la suma de $ 5.000 con el fin de que le comprara una finca en el Municipio de Calarcá y que con ese dinero compró la de Tesorito a Roque Padilla, concluye sin embargo, en contraposición a lo entendido por el juzgador de primer grado, que 'de los testimonios allegados a esta causa, tales como los de Zamora, Lopera, Duque, los Rodríguez, Cuéllar, Jiménez, etc., no se puede deducir una prueba completa de la existencia o celebración de un contrato de mandato entre Rosendo y Manuel A. Escobar, pues todos declaran que el demandado les dijo que había comprado una finca para Rosendo con dineros que éste le había enviado. Por el hecho de que los testigos estén de acuerdo sobre este punto, no por eso se puede concluir que entre los Escobares se hubiera celebrado un contrato de mandato, porque los testigos no dicen cuándo, cómo, ni en qué forma se hubiera estipulado. Con esa prueba testimonial apenas se vendría a demostrar una aceptación tácita, por parte del demandado de que obró en esa compraventa como madatario, siempre que se hubiera probado previamente que el mandato se hizo por escritura pública o privada, verbalmente, etc., en qué condiciones y cuál la calidad y precio de la finca que el mandatario debería comprar, como se exigiría para el caso en estudio. Pero en tales testimonios no aparece una exposición tendiente a sostener el convenio sobre mandato y por lo mismo es injurídico deducirlo de las mencionadas probanzas".

Estimó también el Tribunal otras pruebas, como son unas cartas escritas por el demandado a Luis Orozco y Leonilde Escobar, diversos hechos indiciarios y las posiciones absueltas por Manuel Escobar en la segunda instancia, y concluye que con ellas no se cambia la conclusión jurídica fundamental de la litis, consistente en "no haberse probado en qué consistió la gestión encomendada por el señor Rosendo Escobar al demandado, como tampoco que se hubiera hecho por cuenta y riesgo del primero".

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso oportunamente el actor el recurso de casación que hoy se decide, por estar legalmente preparado.

Se apoya en la primera de las causales legales de casación (artículo 520 del C. J.) y en él se acusa la sentencia por violación de los artículos 1494, 1602, 1603, 2142, 2149, 2150, 2159, 2174 y 2177 del C. C. en que incurrió el Tribunal por efecto de errores de he-

cho y de derecho que cometió en la apreciación de las pruebas aducidas, al concluir, como concluyó, que no eran bastantes para demostrar la existencia del contrato de mandato celebrado entre Rosendo Escobar y Manuel A. Escobar por medio del cual el primero encargó al segundo de la compra de una finca en el Municipio de Calarcá con dineros de su propiedad de que oportunamente lo proveyó. Señala el recurrente como pruebas erróneamente estimadas la totalidad de las aducidas por el demandante, que forman un conjunto armónico, y cita, entre otras, las siguientes:

Los testimonios rendidos con el lleno de las formalidades legales por José Manuel Rozo Rojas, Alvaro Escobar, Oliva de Escobar, Roberto Escobar, Lucila Escobar, Leonilde Escobar, Luis Orozco, Concepción Ramos y Rafael Galeano con los cuales se prueba plenamente que Rosendo Escobar entregó a su hermano Manuel la cantidad de $ 5.000 en diversas épocas y cantidades con el encargo preciso de que adquiriera para él un inmueble en Calarcá;

Los testimonios rendidos por Justo García, Pompilio Duque, José Jesús Alvarez, Eduardo A. Lopera, Juan Berma Ch., Carlos Escobar, Francisco y Marco Rodríguez, Jesús Zamora, Luis Cuéllar, Gonzalo Jiménez, Hermencia y Eusebio Orozco y otros, quienes afirman, en la forma exigida por la ley, y de manera acorde, que en repetidas ocasiones Manuel A. Escobar les manifestó que había recibido de su hermano Rosendo $ 5.000 para comprarle una finca en Calarcá y que en cumplimiento de ese encargo había comprado con el dinero de Rosendo la de Tesorito;

Las tres cartas escritas por el demandado, de fecha 20 y 30 de julio y 9 de agosto de 1935, reconocidas por él las dos primeras y pericialmente declarada como escrita por él la última, constitutivas de un principio de prueba por escrito ya que en ellas habla el demandado del encargo que le confiara Rosendo Escobar sobre la adquisición de la finca a que se ha hecho referencia;

Las posiciones absueltas por el demandado en la segunda instancia en las que confiesa hechos que corroboraron perfectamente las afirmaciones testimoniales sobre el encargo o mandato conferido por Rosendo al demandado;

El certificado del Notario 2º de Calarcá en que se testimonia que actor y demandado concurrieron a su despacho notarial a ordenar la hechura de un instrumento en que Manuel vendía una finca en Calarcá a Rosendo y que llevaron sus certificados de impuestos, instrumento que no se firmó porque Manuel no concurrió a hacerlo el día señalado.

Muchos otros elementos probatorios del proceso, constitutivos de hechos indiciarios de mérito corroborante, cita el recurrente en su extensa demanda como apreciados con error por el Tribunal. No se mencionan particularmente por considerar que el precitado acervo de pruebas ofrece base suficiente para las conclusiones del recurso de casación.

Considera la Sala.

Según el artículo 2142 del C. C. "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". "El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra" (2149 Ib.). "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante: si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante" (2177 Ib).

El contrato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, que puede ser expresa o tácita, según que se manifieste por escrito o de palabra, o que se deduzca de la ejecución de un hecho que de una manera clara demuestre que el apoderado se encarga de la gestión. (2150 Ib.). Y el objeto del contrato, cumpliendo el requisito de ser un acto jurídico, puede ser constitutivo de cualquier gestión, con los límites y facultades que la voluntad del comitente quiera señalar.

El apoderado, en el contrato de mandato civil, obra por cuenta y riesgo de la persona que le confía la gestión del negocio. El mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante; su papel es siempre de intermediario y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Esto cuando el mandato es aparente; pero el apoderado puede, en desempeño de su encargo, contratar en su propio nombre, como si el negocio le interesase personalmente. El comitente en este caso queda desligado de toda acción de parte de terceros, y al mandatario que ha obrado de hecho por encargo del mandante, aunque haya ocultado su calidad al contratar, corresponden activa y pasivamente los efectos legales del contrato, sin perjuicio de las relaciones de derecho que lo ligan a su comitente, originadas en el contrato de mandato, como la rendición de cuentas por lo que ha hecho y la entrega de los beneficios obtenidos. En derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandato ostensible y el secreto; el testaferro ;la interposición en todas sus formas lícitas, y el acto jurídico del mandatario como personal intersado siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación.

La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario raya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho adquirido, como acontece en este caso, la concede el artículo 2177 del C. C. al autorizar el mandato oculto, nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato.

Examinando a la luz de estas nociones legales el haz probatorio del proceso se ve claramente el fundamento y justicia de la acusación que contra la sentencia formula el recurrente, porque en realidad, de manera manifiesta, las probanzas que el Tribunal consideró de mérito insuficiente para acreditar la existencia del mandato ponen a la vista incuestionablemente la verdad de que Rosendo Escobar encargó a su hermano Manuel A. Escobar que gestionara para él y con dineros que al efecto le entregó la adquisición o compra de una finca rural en jurisdicción municipal de Calarcá y que fue en desempeño de este encargo como compró a Roque Padilla la denominada Tesorito a que se refiere la demanda, con lo cual, se integra cabalmente con todos sus elementos esenciales un caso de mandato sin representación.

El error que el Tribunal cometió en la estimación probatoria y que lo condujo consecuencialmente al quebranto de las disposiciones legales sustantivas relativas al contrato de mandato, se hace visible sin necesidad de análisis pormenorizados de las pruebas, con sólo reproducir su propio examen de los testimonios aducidos con mención de los hechos que resultan probados. Se lee, en efecto, en la sentencia:

"Los declarantes José de Jesús Zamora, Justo García, Eduardo Antonio Lopera y Pompilio Duque manifiestan en forma acorde que conocen desde hace varios años al señor Manuel A. Escobar y que por ese conocimiento y por haberlo tratado con mucha frecuencia, éste les manifestó en repetidas ocasiones que había recibido de su hermano Rosendo la suma de cinco mil pesos con el fin de que comprara una finca para éste último; que con ese dinero Manuel compró a Roque Padilla, en el año de 1935, una finca ubicada en el paraje de Callelarga del Municipio de Calarcá. A excepción de García, los demás deponentes concuerdan en que Rosendo adquiría esa propiedad con el objeto de constituir una fianza al Gobierno Nacional.

"Con la copia de la escritura Nº 569, expedida por el Notario 2º de Calarcá, se tiene: que por medio de ese instrumento público, otorgado el 14 de noviembre de 1935 ante dicho Notario, debidamente registrado, el señor Roque Padilla transfiere a título de venta a Manuel Escobar, el derecho de dominio que tiene en un lote de terreno ubicado en el paraje de Callelarga del Municipio de Calarcá, mejorado con casa de habitación, sementeras de café, plátano, yuca, pastos y monte y demarcado por los linderos que aparecen en la primera de las declaraciones pedidas por el actor; que esa venta se hizo por la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos, los cuales declara el vendedor tener recibidos a su satisfacción.

"Los testigos José Manuel Rozo Rojas y Alvaro Escobar concuerdan en que encontrándose ambos en Bogotá, en el mes de octubre de 1934 y estando reunidos en la casa del señor Luis Orozco, situada en la carrera 5ª entre calles 26 y 27, presenciaron la entrega que hizo Rosendo Escobar a Manuel Escobar de la suma de mil quinientos pesos para la compra de una finca en el Municipio de Calarcá, con el fin de que esa propiedad le sirviera a Rosendo como garantía ante el Ministerio de Gobierno, ante el cual desempeñaba un puesto de manejo; que el dinero lo recibió Manuel en billetes de cinco y diez pesos en la citada fecha, y que a fines de 1935 este último les manifestó que ya había comprado la finca con ese dinero.

"Con los testimonios de Roberto Escobar, hermano de los litigantes, con el de su esposa Oliva de Escobar y con el de Lucila Escobar, sobrina de los mismos, se tiene: que estando en la casa del señor Luis Orozco, ubicada en Bogotá presenciaron, en el mes de julio de 1935, cuando Rosendo le entregó a su hermano Manuel la suma de dos mil pesos moneda legal, con el objeto de que éste le comprara para aquél una finca en el Municipio de Calarcá, y que Manuel les manifestó varias veces que ya había adquirido dicha finca para su hermano, con el dinero que éste le entregara. Luis Orozco declara que en el mes de septiembre de 1935 recibió de Rosendo la suma de mil pesos para que se los entregara a Manuel y que en efecto, en el mes y año dichos, le hizo entrega a éste en su tienda que tenía en Calarcá, del expresado dinero en presencia de Concepción Ramos y Rafael Galeano, quienes deponen en forma acorde con lo relatado por Orozco. Estos tres testigos dicen que Manuel les manifestó que su hermano Rosendo le había encomendado la compra de una finca para éste y que al efecto le envió la cantidad

de cinco mil pesos, con los que hizo la compra del inmueble a que se refieren las demás declaraciones.

"Del certificado bancario expedido por el director de la agencia del Banco de la República en Armenia y por el Cajero del mismo, se tiene que le fue pagada a Manuel la suma de quinientos pesos por cuenta de Rosendo, desde la población de Florencia. Y en las posiciones absueltas por el demandado a petición del actor confiesa que recibió dicha cantidad, pero aclara que antes le prestó a Rosendo una suma mayor, comprometiéndose éste a girársela desde la citada población.

"Con el informe expedido por el Director del Banco de Colombia, en Calarcá, se tiene: que en los años de 1934 y 1935 el señor Manuel A. Escobar consignó a su favor en dicho Banco la suma de cinco mil quinientos sesenta y cinco pesos, en partidas de dos mil, mil cuatrocientos, mil, quinientos pesos, etc.

"Además de las declaraciones anteriores, obran también en los autos las de los señores Francisco y Marco Antonio Rodríguez. Pablo E. Quevedo, José Jesús Alvarez, Luis Cuéllar, Gonzalo Jiménez, Leonilde Escobar de Orozco, Ermencia y Eusebio Orozco, etc., quienes exponen acordemente que Manuel les dijo que su hermano Rosendo le había enviado dinero para la compra de una finca y después de haberlo recibido le compró a Roque Padilla una propiedad ubicada en el paraje de Callelarga del Municipio de Calarcá, que esa compra la hizo para Rosendo, por recomendación de este mismo".

Del examen y estimación de todos estos numerosos testimonios, rendidos, como la Sala ha podido verificar sobre el expediente, con observancia de todos los requisitos legales, es manifiestamente equivocado concluir, como lo hizo el Tribunal, que no se puede tener por probada la existencia de un contrato de mandato entre Rosendo Escobar y su hermano Manuel porque los testigos no dicen cuándo, cómo, ni en qué forma se estipuló el mandato, ni expresan las condiciones, ni la calidad y precio de la finca que el mandatario debía comprar, ni la gestión que se le encomendaba. Esta desestimación jurídica de los hechos que resultan completamente establecidos llevó al sentenciador a escribir esta conclusión contradictoria, ya trascrita antes: "Con esa prueba testimonial apenas se vendría a demostrar una aceptación tácita por parte del demandado de que obró en esa compraventa como mandatario, siempre que se hubiera probado previamente que el mandato se hizo por escritura pública o privada, verbalmente, etc..."

Tratándose de un contrato eminentemente consensual como es el mandato, en el caso de autos, y siendo jurídicamente posible que la gestión que constituye su objeto pueda desarrollarse hasta del modo que más conveniente le parezca al mandatario, la confesión extrajudicial superabundantemente establecida en el juicio es prueba legalmente completa de su existencia. No es posible dejar de considerar perfecto el contrato de mandato en presencia de las pruebas que tuvo a su consideración el Tribunal, perfectas como demostrativas de la aceptación del mandatario y de la ejecución del negocio que se le encomendó.

Al frente de los elementos de convicción aportados por el actor, el demandado no adujo sino tres declaraciones sobre que es hombre hábil para los negocios y que ha manejado un comercio en Calarcá y dinero para compra de mercancías.

Hay otras pruebas de la parte demandante, que el Tribunal mencionó a la ligera, y que refuerzan vigorosamente la testifical y confesional de que se ha hecho mérito, que el recurrente cita también como erróneamente apreciadas en la sentencia. Tal es, en primer lugar, la confesión que el demandado hizo en las posiciones absueltas de ser cierto, como lo aseveran los testigos, que estuvo en Bogotá en septiembre de 1934 y que entonces y allí se reunió con José Rozo, Alvaro Escobar, Rosendo Escobar, Luis Orozco, Leonilde Escobar de Orozco, y que en julio de 1935, en compañía de varias personas, entre ellas, los citados Rozo y Alvaro Escobar, estuvo de paseo en el Salto de Tequendama relatando en su viaje, como los testigos lo dicen, detalles y circunstancias del negocio de la finca de Callelarga en Calarcá.

En carta escrita en Calarcá por el demandado Manuel Escobar y dirigida a su hermana Leonilde a Bogotá, el 30 de julio de 1935, reconocida por él, dice: "Pues te cuento que yo todavía no he podido hacer ningún negocio pues yo esperaba que Rosendo hubiera venido; para mí sería mejor que fuera a gusto de él, yo estoy bregando a ver si se hace un trato lo mejor que se pueda. Están partiendo una mortuoria, es una propiedad buena, y la van a vender y si se proporciona yo voy a ver si se puede negociar, o sino aunque me demore otros días, el todo no es hacer un trato malo".

En carta que el mismo demandado dirige a Luis Orozco el 20 de julio de 1935, a Bogotá, también reconocida por él, escribe: "Le cuento que en mi regreso llegué bien, hágame el favor y le entrega esa cartica a Rosendo, es para ver si le queda tiempo que viniera, para que fuéramos a ver una finca que venden muy buena, pero es de bastante precio, del único modo sería viniendo él..."

Y en carta fechada el 9 de agosto de 1936, dirigida a Mona (que corresponde a Leonilde Escobar), que

los peritos grafólogos afirmaron había sido escrita por el mismo Manuel Escobar, escribe: "Ojalá le hayas escrito a Rosendo, a mí no me preocupa, tú lo sabes que el interés mío de comprar la finca fue para que Rosendo economizara quizá cualquier día que pierda el puesto le pueda servir..."

Estos documentos literales, constitutivos a no dudarlo de un principio de prueba por escrito, puesto que se refieren al encargo o gestión del negocio sobre que versa el pleito y lo hacen verosímil, son un núcleo probatorio que le dan admisibilidad legal, hasta por el aspecto de la cuantía del negocio jurídico que fue objeto del mandato, a todas las probanzas producidas en demostración de los hechos fundamentales de la demanda. (Artículos 91 y 93 de la ley 153 de 1887).

No estima necesario la Sala entrar al análisis de los numerosos hechos indiciarios en cuya exposición se desenvuelve largamente la demanda de casación, todos de indudable mérito convergente hacia la misma certidumbre sobre la existencia del mandato, por considerar que las pruebas hasta aquí mencionadas y examinadas ponen a la vista, por sí mismas, el evidente error con que el Tribunal las apreció al concluir que de ellas no era posible deducir la celebración de ese contrato, en las circunstancias y con las modalidades que quedaron expuestas.

Las consideraciones que anteceden cumplen el doble objeto de demostrar el error probatorio del sentenciador, que envuelve la contravención a la ley sustantiva e impone la casación del fallo, y a la vez sirven de parte motiva a la decisión de reemplazo que es la sentencia de primer grado, que se fundó sobre la realidad jurídica del mandato celebrado entre demandante y demandado.

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 24 de agosto de 1944, materia de este recurso, y en su lugar confirma la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá el 27 de noviembre de 1940.

Sin costas en el recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—José Antonio Montalvo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en en ppdad.



ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS—CONFESION EXTRAJUDICIAL

Al reconocer el artículo 604 del Código Judicial estos tres medios como aptos para demostrar la confesión extrajudicial: intervención de Juez que no sea el de la causa, prueba literal emanada del confesante y dicho de testigos ante quienes se haya hecho la confesión, deja al criterio del juez apreciar la mayor o menor certidumbre que acerca de la existencia misma de la confesión pueda tenerse, segúnlo más o menos seguro del medio probatorio empleado para demostrarla. El artículo 608 del C. J. establece como principio que la confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta y que su fuerza es mayor o menor según la naturaleza del hecho confesado y las circunstancias que rodeen la confesión. Y agrega: "Puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma". La decisión relativa a si está probada la existencia de la confesión extrajudicial o, como dice la ley, si ella es indudable, le corresponde, pues, al juzgador de instancia. Y si del análisis que haga en determinado caso llega a concluír que "no queda duda alguna acerca de la confesión misma", "puede tener hasta mérito de plena prueba". No porque sea indudable para el juez la existencia de la confesión extrajudicial estará obligado a asignarle necesariamente el valor de plena prueba, pero sí puede optar por ese extremo "según la naturaleza y circunstancias que la rodeen", como dice la ley. Es claro que para atribuírle a la confesión extrajudicial mayor o menor valor como prueba deficiente o incompleta y para llegar a reconocerle hasta el mérito de plena prueba en un caso determinado, deberá tener en cuenta el juez si la confesión se efectuó tan solo de palabra o si quedó consignada en carta u otro documento; y si apenas fue hecha a un tercero o si se llevó a cabo delante de la parte contraria o en declaración ante juez que no sea el de la causa. Porque el haberse efectuado en una u otra de esas circunstancias de modo, permitirá apreciar más aproximadamente la seriedad con que obrara el sujeto al soltar su confesión, así como también la exactitud de sus términos. Y lo mismo cabe decir de uno de los elementos esenciales de la confesión en materia civil, cual es el ANIMUS CONFITENDI que es de presumirse en la confesión judicial, pero que en la extrajudicial suele ser un tanto dudoso. Muy cauto debe ser el juzgador de instancia, puesto que la ley lo deja a su prudente juicio, para estimar que se halla probada, sin que le quede duda alguna, la existencia de la confesión; más cauto al asignarle determinado valor probatorio, y más aún para atribuírle mérito de plena prueba. Pero si el juzgador de instancia yerra en esa apreciación probatoria, tal error, consistente en sobreestimación, o subestimación legal de la prueba no puede enmendarse o corregirse en casación, pues ello equivaldría a convertir el recurso en una tercera instancia.

Aun que sea dable probar por medio de testigos una confesión extrajudicial, y no obstante que el juez tiene el poder de decidir si ella se ha establecido sin lugar a duda, como también el de apreciar el valor de la confesión hasta atribuírle el mérito de plena prueba, considera la Corte que cuando la confesión extrajudicial no se ha producido delante de la parte contraria y sólo resulta probada por medio de testigos, ella no es prueba apta si se trata de obligaciones para demostrar la existencia de las cuales la ley no admite prueba testifical, pues lo contrario equivaldría a aceptar que puede eludirse la prohibición contenida en los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la ley 153 de 1887.

La confesión hecha extrajuicio tiene, en principio, tan sólo el valor de prueba deficiente o incompleta, tanto en materia penal como en la civil .Pero en aquélla es más aceptable como prueba porque la investigación criminal busca la verdad intrínseca o trascendental ("la verdad verdadera", que dicen los italianos), y el dicho del acusado es el de un testigo —a veces el mejor— y a quien más crédito podrá darse mientras más desprevenidamente declare. Por otra parte, en materia penal es necesario establecer la ecuación entre el dicho del procesado y la verdad de los hechos, pues se trata de derechos no enajenables a voluntad de aquél

En cambio, en materia civil la confesión tiene un valor esencial diferente, pues aun cuando sea acto unilateral, implica una especie de convenio o acuerdo entre el confesante y su contraparte, y es así como un acto de disposición del derecho sobre el cual recae. Por eso es lógico que cuando la ley excluye la prueba oral para la demostración de ciertos hechos u obligaciones, deba entenderse excluída también la confesión establecida sólo con prueba oral. Si la ley exige prueba literal, la confesión que reemplace a ésta tendrá que estar revestida también de la forma literal por motivos que al decir de algún expositor, más son jurídicos que probatorios.

2—Considera la Corte que la confesión extrajudicial probada apenas con testigos, de que el precio estipulado no fue de un mil quinientos pesos, en el caso de autos, no es apta para operar modificación del contrato. La existencia de una contraestipulación oculta o privada sólo puede admitirse cuando la prueba de ella sea capaz de producir certeza igual a la que ofrece la escritura misma, porque la respetabilidad y la fuerza legal de ella no es posible desvirtuarla sino en virtud de otra prueba de igual categoría. Tal prueba puede ser la de confesión, pero siempre que ella merezca el máximo de valor. La confesión no hecha en forma literal, o a la parte contraria, sino a terceros y de palabra, no es signo cierto del ANIMUS CONFITENDI y en casos como éste al decir de Ricci, "probar la confesión viene a ser lo mismo que probar la conversación declarada".

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Joaquín Correa demandó ante el Juez de Titiribí a la señora Marta Montoya v. de Moreno, a sus hijos menores representados por la misma señora en ejercicio de la patria potestad; a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formaron los señores Julio Moreno y Marta Montoya, representada tal sociedad por la cónyuge sobreviviente y por los hijos de ambos; a lasucesión de Julio Moreno, representada por sus hijos, y a la sucesión de la niña Berta Moreno Montoya, representada por su madre.

El objeto de la demanda es obtener la declaración judicial de que las personas y entidades en ella nombradas le deben la suma de tres mil trescientos veinticuatro pesos ($ 3.324) que se descompone así: dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400), precio de la finca denominada **Piedrapelona** que Correa le vendió a Moreno poco tiempo antes de fallecer éste; seiscientos pesos ($ 600), valor de unos interses devengados sobre otras deudas a cargo de Moreno y a favor de Correa; doscientos pesos ($ 200), valor del suministro hecho por Correa de dinero y de algunos géneros o artículos para la familia de Moreno; y ciento veinticuatro pesos ($ 124) provenientes del pago de servicios profesionales prestados a la misma familia por un odontólogo, pago que Correa dice haber efectuado.

En la demanda se pide también el pago de intereses a la tasa del uno por ciento mensual sobre los dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400) desde la fecha en que se hizo la escritura de compraventa hasta el día en que se cancele la deuda; y el de intereses a la tasa del seis por ciento anual sobre las deudas restantes. Además, las costas del juicio.

El Juez de primera instancia consideró en su fallo que había sido bien intentada la acción contra la sociedad conyugal Moreno-Montoya, por ser ella responsable de las deudas contraídas por Julio Moreno a favor de Correa; pero estimando que la prueba presentada para acreditar esas obligaciones era una preuba testimonial, decidió que sólo podía prosperar la demanda en lo relativo a la cantidad de doscientos ochenta ($ 280), y negó las demás súplicas del libelo.

Apelaron ambas partes y el Tribunal Superior de Medellín, en la sentencia de segunda instancia reformó la del Juez así: "la cantidad a que se condena, en lugar de la de doscientos ochenta pesos ($ 280), es la de tres mil doscientos ochenta pesos ($ 3.280)." No hizo condenación en costas.

Marta Montoya v. de Moreno interpuso casación, y hallándose agotada la tramitación del recurso procede la Corte a decidir acerca del mismo.

Sentencia recurrida

El Juez de primera instancia fundó su fallo, en síntesis, en que las deudas por seiscientos pesos ($ 600) y por dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400) no podían acreditarse con prueba testimonial, y en que tampoco puede alterarse con prueba de esta clase lo estipulado en la escritura pública de compraventa del inmueble denominado **Piedrapelona**, escritura en la cual se dijo que el vendedor había recibido el precio y que la cantidad de éste era de mil quinientos pesos ($ 1.500), no de dos mil cuatrocientos pesos ($2.400) de que luego han hablado los testigos.

La sentencia del Tribunal reformó la del Juez, como ya se dijo, en el sentido de declarar probada no sólo la obligación de doscientos ochenta pesos

($ 280), sino también las demás que, según el fallo recurrido, dan un total de tres mil doscientos ochenta pesos ($ 3.280).

Al reformar la sentencia del Juez dijo el Tribunal que aquél había calificado mal la prueba al considerarla como testimonial simplemente, cuando en realidad se trata de una confesión que, por ser extrajudicial, se acreditó con declaraciones de las personas a quienes el deudor la hizo; que la confesión extrajudicial puede hasta tener mérito de plena prueba si a juicio del Juez no queda duda alguna acerca de la confesión misma; que en el caso de que se trata obran indicios que respaldan la confesión hecha extrajudicialmente por Moreno y "dejan la conciencia plena de la verdad de ella". Por último, que la prueba de confesión sí es apta para creditar obligaciones cuyo valor sobrepase a quinientos pesos ($ 500) y para alterar lo consignado en escritura pública.

El recurso

La parte que lo ha intentado invoca las causales 1ª y 6ª del artículo 520, Código Judicial. Dice acerca de esta última "que se ha incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, relievándose la ilegitimidad de la personería de la parte demandada", por haberse dirigido la acción 'contra personas y entidades que nada tenían que ver sobre este particular". Y alega la causal 1ª, violación de la ley sustantiva por error al apreciar la prueba, causal que funda en las mismas razones que expuso el Juez las cuales transcribe el recurrente acogiendo las tesis del fallo de primera instancia, a saber: la prueba que obra en este juicio no es la de confesión sino simplemente una prueba testimonial; con el dicho de testigos no se puede alterar el contrato contenido en escritura pública, ni probar la existencia de obligaciones cuyo valor sea o exceda de quinientos pesos ($ 500).

La Corte, por razón de método, examinará primero la causal de nulidad ya que de resultar ella fundada afectaría más radicalmente el juicio que la causal de infracción de la ley sustantiva.

CAUSAL SEXTA: Nulidad en el juicio.

Apoya el recurrente este motivo de casación contra la sentencia en ilegitimidad de la personería de la parte demandada; y para demostrar su aserto dice que lo funda en las mismas razones que dio sobre el particular el Juez de primera instancia de cuya sentencia copia unos pasajes.

La simple lectura de los pasajes del fallo transcritos por el recurrente muestra la sin razón de este cargo formulado contra la sentencia del Tribunal, pues lo que dice el fallo del Juez de Titiribí es que los menores demandados no son personalmente responsables de las obligaciones cuyo cumplimiento se pide, pero que la acción está bien intentada porque el actor dijo expresamente que los demandaba como herederos en la sucesión de su padre Julio Moreno; y que la señora Marta Montoya v. de Moreno, aunque tampoco contrajo personalmente las obligaciones de que se trata, ha sido bien demandada como cónyuge sobreviviente y como representante legal de sus menores hijos.

Se ve claro que el Juez, lejos de sostener la tesis que el recurrente le atribuye, se esfuerza por demostrar en la sentencia que sí es legítima la personería de los demandados en este juicio, no en cuanto se les pudiera considerar personalmente obligados, pero sí como representantes de la sucesión y de la sociedad conyugal; y puesto que la demanda se propuso en esa forma, mal podría haber, por ese aspecto, nulidad originada en ilegitimidad de la personería.

En otro pasaje del alegato dice que de acuerdo con el espíritu de la Ley 28 de 1932 no es la sociedad conyugal sino cada socio quien debe responder por las obligaciones o deudas que contraiga; y que de esta manera "ha habido ilegitimidad en la personería sustantiva de la parte demandada al dirigir la acción contra la sociedad y no contra la sucesión del señor Moreno".

A esto responde la Corte que si el mismo recurrente afirma que lo atacado por él no es la personería adjetiva de la parte demandada sino su personería sustantiva, no puede prosperar el cargo de nulidad, porque la originada en ilegitimidad de la personería se refiere exclusivamente a la adjetiva.

Lo dicho es bastante para rechazar el cargo; pero si por razón de doctrina tuviera la Corte que pronunciarse sobre el argumento relativo a la Ley 28 de 1932 bastaría para concluir que por este aspecto no se violó ley sustantiva en la sentencia, considerar, que la principal de las obligaciones que se cobran —precio del inmueble denominado **Piedrapelona**—, proviene de la compra de una finca adquirida por la sociedad conyugal Moreno-Montoya y que, por consiguiente es ella la obligada a pagar aquel precio. Por otra parte, en este juicio se demandó no solamente a la sociedad conyugal sino, además, a la sucesión de Julio Moreno.

De modo que no prospera el recurso por la causal de nulidad.

CAUSAL PRIMERA: Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea.

Como fundamento de esta causal aduce el recurrente los considerandos de la sentencia de primera instancia, los cuales transcribe entre comillas y casi en su totalidad. La parte opositora dice sobre el particular: "desde ahora manifiesto que el recurrente no ha dado cumplimiento al artículo 531 del Código Judicial, pues no ha indicado en forma clara y precisa los fundamentos de la demanda de casación, ni ha citado los textos legales que estima infringidos, puntualizando en qué consiste la infracción". Y más adelante, refiriéndose a la afirmación hecha por el recurrente de que el Tribunal Superior de Medellín violó la ley sustantiva, ya por infracción directa, ya por interpretación errónea, ya por error al apreciar y analizar las pruebas ,agrega el opositor: "afirma (el recurrente) que para sustentar tal afirmación de carácter general es suficiente reproducir la argumentación que el de primera instancia hizo para fundar su sentencia. Pero es obvio que el Juez de primera instancia trató solamente de fundamentar su fallo y no en manera alguna de demostrar que el Tribunal hubiera incurrido en violaciones de la ley al dictar una sentencia que todavía no había dictado. Es absurdo pensar que el Juez haya podido demostrar por anticipado los supuestos errores de una sentencia futura. No sirve pues como fundamento de casación lo que se copia de la sentencia de primera instancia, ya que en ella no se pudo demostrar que el Tribunal hubiera incurrido en errores que implicaran violación de la ley sustantiva, pues tal entidad no había dictado todavía su sentencia, ni tenía siquiera el juicio a su conocimiento".

La observación del opositor no es infundada, pues dentro de una técnica estricta de casación resulta inaceptable que el recurrente se limite a contraponer a la sentencia del Tribunal los argumentos de la decisión del Juez de primera instancia. Pero el propio opositor, después de formular el reparo arriba transcrito, entra en el examen y refutación de las tesis que constiuyen los cargos contra la sentencia. Por ello la Corte entra en el examen de fondo acerca de dichos cargos, que pueden resumirse así: violación indirecta de la ley sustantiva por haber el sentenciador apreciar como prueba una confesión de la cónyuge sobreviviente y por haber calificado de modo indebido el valor de la prueba testimonial atribuyéndole el carácter y la fuerza de otro género diverso de prueba, cual es la confesión extrajudicial; violación directa de la ley sustantiva por haber admitido declaraciones de testigos para probar obligaciones de más de quinientos pesos ($ 500), y por haber admitido la alteración de lo estipulado en una escritura pública, sobre compraventa de un inmueble, alteración hecha con prueba testimonial.

Examen de los cargos

El primer cargo, invalidez legal de la confesión de Marta Montoya de Moreno, es infundado porque el Tribunal sentenciador no se basó en confesión de dicha señora para dictar el fallo; de manera que sería inoficioso entrar en el examen de posibles alegaciones sobre el valor de una prueba que el sentenciador no tuvo en cuenta. Aquí se ve de bulto lo inconveniente de limitarse a proponer como fundamento de casación las razones dadas por el Juez inferior. En el presente caso, por ejemplo, el Juzgado **a quo** empieza tratando ese punto, porque las partes lo plantearon y discutieron en la primera instancia; pero como el Tribunal no se basó en la supuesta prueba acerca de cuya invalidez disertó el Juzgado, lo dicho por el Juez sobre el particular y reproducido por el recurrente resulta exótico en este recurso de casación. Por tanto se rechaza el cargo.

Cargos segundo y tercero.—Para sustentar el ataque a fondo contra la sentencia recurrida, reproduce la demanda de casación el razonamiento hecho por el Juez de primera instancia. Los cargos pueden concretarse así:

El artículo 1767 del Código Civil dispone que "no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito"; y el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 ordena que "deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de cosa que valga más de quinientos pesos ($ 500)", y prohibe admitir la prueba de testigos "en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato", o "sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento";

En el caso de que se trata el Tribunal sentenciador admitió declaraciones de testigos para demostrar obligaciones mayores de quinientos pesos ($ 500) y para alterar lo expresado de una escritura pública, atribuyendo a esa prueba testimonial el carácter y la fuerza de otro género diverso de prueba, cual es la confesión extrajudicial, luego el Tribunal sentenciador "incurrió en error de derecho puesto que violó la ley sustantiva o le dio una interpretación errónea a la misma ley e incurrió también en error de hecho al apreciar y analizar la prueba traída a los autos".

Conviene examinar por separado los dos cargos.

Segundo cargo: indebida apreciación de la prue-

ba testimonial por haberle atribuído el carácter y la fuerza de otro género diverso de prueba, cual es la confesión extrajudicial.

El cargo encontraría apoyo en alguna de estas hipótesis: si el Tribunal, reconociendo que sólo obra prueba testimonial, le hubiese atribuído erróneamente el carácter o calidad de confesión o si el Tribunal hubiese dado por probada la existencia de una confesión sin estarlo realmente; o si le hubiese atribuído un valor probatorio que no le corresponde.

Respecto del primer punto, o sea, que el Tribunal, reconociendo que sólo obra en el juicio prueba de testigos, le haya atribuído erróneamente la calidad de confesión, se considera: la sentencia del Tribunal cita las declaraciones de Eduardo, Arturo y Máximo Montoya, Jesús M. Rivera, Dolores Soto y Félix Alvarez, quienes después de hacer referencia a la honorabilidad tanto del deudor Julio Moreno como del acreedor Joaquín E. Correa, narran cómo en distintos días y diferentes circunstancias, por amistad que con los declarantes tenían Julio Moreno, les contó que debía al señor Correa la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400), precio real de la finca **Piedrapelona**, no obstante haberse dicho en la escritura que tal precio era de un mil quinientos pesos ($ 1.500) y que el comprador Moreno los había pagado. Esos mismos declarantes refieren haberles dicho Moreno que adeudaba a Correa seiscientos pesos ($ 600) por intereses de otras obligaciones, y trescientos veinticuatro pesos ($ 324) por suministro de dinero y artículos para la familia del mismo Moreno. Al poco tiempo de estas conversaciones con los testigos falleció Moreno. Y comenta el Tribunal así: "Es este, en concepto de la Sala, un caso preciso de confesión extrajudicial y su valor se desprende (sic) la misma forma como la describen los testigos".

Es indudable, pues, que el Tribunal no apreció como prueba de la existencia de los créditos a favor de Correa los testimonios aducidos al juicio, sino que apenas tuvo en cuenta estos como prueba de la prueba, o sea, de la confesión extrajudicial.

Según los términos del artículo 604 del Código de Procedimiento, la confesión extrajudicial es la que se hace no ante el Juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones, sino en actuación ante funcionario diferente, en carta o en otro documento no destinado a servir de prueba, o en conversación.

Al reconocer la citada disposición legal estos tres medios como aptos para demostrar la confesión extrajudicial, intervención de Juez que no sea el de la causa, prueba literal emanada del confesante y dicho de testigos ante quienes se haya hecho la confesión, deja al criterio del Juez apreciar la mayor o menor certidumbre que acerca de la existencia misma de la confesión pueda tenerse según lo más o menos seguro del medio probatorio empleado para demostrarla.

El artículo 608 del Código Judicial establece como principio que la confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta y que su fuerza es mayor o menor según la naturaleza del hecho confesado y según las circunstancias que rodeen la confesión. Y agrega: "Puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma".

La decisión relativa a si está probada la existencia de la confesión extrajudicial o, como dice la ley, si ella es indudable, le corresponde pues al juzgador de instancia. Y si del análisis que haga en determinado caso llega a concluir que "no queda duda alguna acerca de la confesión misma", "puede tener hasta mérito de plena prueba".

No porque sea indudable para el Juez la existencia de la confesión extrajudicial estará obligado a asignarle necesariamente el valor de plena prueba, pero sí puede optar por ese extremo, "según la naturaleza y circunstancias que la rodeen", como dice la ley.

Es claro que para atribuírle a la confesión extrajudicial mayor o menor valor como prueba deficiente o incompleta y para llegar a reconocerle hasta el mérito de plena prueba en un caso determinado, el Juez deberá tener en cuenta si la confesión se efectuó tan sólo de palabra o si quedó consignada en carta u otro documento; y si apenas fue hecha a un tercero o si se llevó a cabo delante de la parte contraria o en declaración ante Juez que no sea el de la causa. Porque el haberse efectuado en una u otra de esas circunstancias de modo, permitirá apreciar más aproximadamente la seriedad con que obrara el sujeto al soltar su confesión, así como también la exactiud de sus términos. Y lo mismo cabe decir de uno de los elementos esenciales de la confesión en materia civil, cual es el **animus confitendi** que en la confesión judicial es de presumirse pero que en la extrajudicial suele ser un tanto dudoso.

Muy cauto debe ser el juzgador de instancia, puesto que la ley lo deja a su prudente juicio, para estimar que se halla probada, sin que le quede duda alguna, la existencia de la confesión; más cauto asignarle determinado valor probatorio, y más aún para atribuírle mérito de plena prueba.

Pero si el juzgador de instancia yerra en esa apreciación probatoria, tal error, consistente en sobre-

estimación o subestimación legal de la prueba no puede enmendarse o corregirse en casación pues ello equivaldría a convertir el recurso en una tercera instancia. Por eso dijo la Corte en sentencia de 16 de septiembre de 1938 lo siguiente:

"La ley deja al Juez la potestad de valorar la confesión extrajudicial (artículo 606 Código Judicial). La Corte no puede, por tanto, corregir esa apreciación en sí misma o reemplazarla, puesto que se trata de la convicción del sentenciador. Otra cosa es infirmar los hechos fundamentales de esa prueba y esto sí podría ser materia de un ataque en casación". (Gaceta Judicial Nº 1940, página 131).

No resulta, pues, fundado por este aspecto el cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín.

Tercer cargo.—Violación de la ley sustantiva por la admisión de una prueba que la ley desecha. Dice el fallo recurrido que son específicamente diferentes la prueba testimonial y la de confesión aunque esta pueda probarse, y a su vez, cuando es extrajudicial, por declaraciones de testigos que hayan oído hacerla.

Pero aunque sea dable probar por medio de testigos una confesión extrajudicial; y no obstante que el Juez tiene el poder de decidir si ella se ha establecido sin lugar a duda como también el de apreciar el valor de la confesión hasta atribuírle mérito de plena prueba, considera la Corte que cuando la confesión extrajudicial no se ha producido delante de la parte contraria y sólo resulta probada por medio de testigos, ella no es prueba apta si se trata de obligaciones para demostrar la existencia de las cuales la ley no admite prueba testifical, pues lo contrario equivaldría a aceptar que puede eludirse la prohibición contenida en los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887.

El artículo 605 del C. J. prescribe como requisito de la validez de la confesión el de "que la ley no exija para el caso otro medio de prueba".

La confesión hecha extrajuicio tiene en principio tan sólo el valor de prueba deficiente o incompleta, tanto en materia penal como en la civil. Pero en aquélla es más aceptable como prueba porque la investigación criminal busca la verdad intrínseca o trascendental ("la verdad verdadera" que dicen los italianos), y el dicho del acusado es el de un testigo —a veces el mejor— y a quien más crédito podrá darse mientras más desprevenidamente declare. Por otra parte, en materia penal es necesario establecer la ecuación entre el dicho del procesado y la verdad de los hechos, pues se trata de derechos no enajenables a voluntad de aquél.

En cambio en materia civil la confesión tiene un valor esencial diferente pues aun cuando sea acto unilateral, implica una especie de convenio o acuerdo entre el confesante y su contraparte, es así como un acto de disposición del derecho sobre el cual recae.

Por eso es lógico que cuando la ley excluye la prueba oral para la demostración de ciertos hechos u obligaciones, deba entenderse excluída también la confesión establecida sólo con prueba oral. Si la ley exige prueba literal, la confesión que reemplace a ésta tendrá que estar revestida también de la forma literal por motivos que al decir de algún expositor más son jurídicos que probatorios.

Cuatro son los puntos cuya decisión se busca en este juicio a saber:

1º.—Que la parte demandada debe a Joaquín E. Correa la cantidad de seiscientos pesos ($ 600) provenientes de una liquidación de intereses de otras deudas. Esta obligación no es demostrable con prueba testimonial ni con la confesión extrajudicial que a ella equivalga por haberse establecido, a su vez, mediante el dicho de testigos. A esto se agrega que tratándose de una liquidación de intereses de otras deudas, el acreedor habría podido presentar como principio de prueba por escrito algún documento de deber, asiento en libros, recibo u otra prueba literal, y nada de esto se trajo al proceso (artículo 93, Ley 153 de 1887);

2º.—Que el precio del inmueble **Piedrapelona** no fue la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500) como dice la escritura, sino la de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400).

Infundado resulta el cargo contra la sentencia de haber admitido que con pruebas de testigos se altere el contrato solemne contenido en una escritura pública, pues ya se vio que la prueba en que se basó el fallador de instancia no fue la de testigos sino la de confesión que, por haber sido extrajudicial, se acreditó con declaraciones de las personas ante quienes se hizo.

Pero el cargo es fundado en parte acerca de la idoneidad de la confesión como medio de alterar el contenido de la escritura.

Expresa este instrumento que el precio de la compraventa del inmueble efectuada entre Correa y Moreno es la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500) la cual confiesa el vendedor Correa haber recibido a su satisfacción.

Y el comprador Moreno dijo en su confesión extrajudicial que no obstante lo expresado en la escritura, él había quedado debiéndole el precio a Correa, y que tal precio no fue de un mil quinientos pesos ($ 1.500), sino de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400).

tipulado no fue de un mil quinientos pesos ($ 1.500) no es apta para operar modificación del contrato.

La existencia de una contraestipulación oculta o privada sólo puede admitirse cuando la prueba de ella sea capaz de producir certeza igual a la que ofrece la escritura misma porque la respetabilidad y la fuerza legal de ella no es posible desvirtuarla sino en vritud de otra prueba de igual categoría. Tal prueba puede ser la de confesión pero siempre que ella ofrezca el máximum de valor.

La confesión no hecha en forma literal, o a la parte contraria, sino a terceros y de palabra no es signo cierto del **animus confitendi** y en casos como éste al decir de Ricci, "Probar la confesión viene a ser lo mismo que probar la conversación declarada".

Respecto de estos puntos es, pues, inválida la confesión extrajudicial de Julio Moreno.

3º.—La deuda de trescientos veinticuatro pesos ($ 324) según la demanda, o de doscientos ochenta pesos ($ 280) según la sentencia recurrida, sí resulta demostrada con las pruebas traídas al juicio, pues ella, en razón de su cuantía, podía acreditarse con simple prueba testimonial y sin necesidad de un principio de prueba por escrito. De manera que a la confesión extrajudicial, aunque probada en este caso únicamente por declaraciones, podía el Tribunal reconocerle, —como lo hizo— el mérito de plena prueba; y

4º.—El no pago del precio de un mil quinientos pesos ($ 1.500) estipulado en la escritura podía también reputarse probado —como lo estimó el sentenciador de segunda instancia— por la confesión extrajudical, no obstante que en el presente caso ésta tenga el mismo valor probatorio de los testimonios que acreditan dicha confesión, porque no se trata de alterar una estipulación ni de probar el nacimiento o la extinción de la obligación sino el incumplimiento de ella, casi podría decirse que la mora en el pago, hechos para probar los cuales es indiferente la cuantía de la deuda.

En suma, la estimación del valor de la prueba como productora de convicción, no es atacable en casación; pero sí lo es la apreciación de ella como apta o como inepta para acreditar determinados hechos, si tal apreciación implica un error de derecho como en el presente caso ocurre.

Ahora: puesto que el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 prohibe alterar con simple prueba de testigos las estipulaciones de un contrato escrito o acreditar el nacimiento de una obligación mayor de quinientos pesos ($ 500), la sentencia recurrida quebrantó esa disposición de la ley, pues admitió prueba únicamente oral como válida para esos efectos.

Debe, pues, invalidarse pero sólo en parte la sentencia recurrida, pues aunque el Tribunal erró al

Considera la Corte que la confesión extrajudicial y probada apenas con testigos, de que el precio estimar legalmente probada la obligación de seiscientos pesos ($ 600) y la elevación del precio de la compraventa a dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400) acertó, en cambio, al considerar válidamente probado el hecho de haber quedado el comprador debiendo el precio estipulado en la escritura de compraventa; como también la obligación de doscientos ochenta pesos ($ 280) provenientes de géneros y dineros avanzados por el demandante a la familia del deudor.

Con base en las consideraciones que anteceden la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º.—INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro que condenó a la xtinguida sociedad conyugal de Julio Moreno y Marta Montoya viuda de Moreno a pagar a Joaquín E. Correa tres mil doscientos ochenta pesos ($ 3.280);

2º.—Refórmase la sentencia dictada por el Juez del Circuito de Titiribí con fecha veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el sentido de condenar, como en efecto se condena, a la sociedad conyugal disuelta de Julio Moreno y Marta Montoya de Moreno al pago en favor de Joaquín E. Correa, de la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500) precio del inmueble denominado **Piedrapelona** vendido por Joaquín E. Correa a Julio Moreno por escritura pública número doscientos cuarenta y nueve fechada el diez de febrero de mil novecientos treinta y siete. Este pago deberá hacerse dentro del término de seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

3º.—Confírmase la sentencia del Juez de primera instancia en cuanto condenó a la parte demandada a pagar al demandante, dentro del mismo término. la suma de doscientos ochenta pesos ($ 280).

4º.—Sobre estas dos obligaciones se pagarán a Joaquín E. Correa los intereses legales así: por la de un mil quinientos pesos ($ 1.500), desde el diez de febrero de mil novecientos treinta y siete, fecha de la escritura pública en que se consiguió el contrato de compraventa del inmueble denominado **Piedrapelona** hasta el día en que se efectúe el pago; y por la suma de doscientos ochenta pesos ($ 280), desde la fecha de la presentación de la demanda hasta el día en que se haga el pago.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

MENORES DE EDAD—NOCION DE ORDEN PUBLICO—NULIDAD

1.—El régimen establecido en nuestro Código Civil para la protección de los menores en sus personas e intereses es de orden público. En el derecho civil la noción de orden público está constituída por el conjunto de reglas que no puede ser alterado por el querer de los contratantes. En nuestra ley civil hay dos clases de reglas: las supletivas y las de carácter imperativo. Las primeras son aquellas por las cuales se viene a sustituir, o mejor, a suplir la voluntad de las partes, en caso de que esta voluntad no sea manifestada. Las de carácter imperativo son obligatorias para todos y la ley establece que ellas no pueden ser derogadas por simple acuerdo de los contratantes, so pena de nulidad del acto. Las leyes imperativas están basadas, pues, en la noción de orden público y no son susceptibles de modificaciones.

2.—La nulidad es la falta de valor de un acto jurídico. La nulidad, en ciertos casos, es una verdadera sanción establecida por la ley por haberse violado alguna prohibición o mandato de interés general; en otros casos, es una medida de protección en favor de determinadas personas. Cuando la nulidad se funda en razones de interés general o de orden público y es causada por una prohibición de la ley, o por un defecto esencial que impide al acto producir efecto jurídico alguno desde el momento de su celebración, es nulidad absoluta. La relativa es una medida de protección establecida por la ley en favor de determinadas personas que, por razón de su incapacidad, no tienen la libre administración de sus bienes, o que han sufrido un error, engaño o violencia en la conclusión de un acto jurídico. Ella se funda en el interés privado de las partes.

3.—No existe disposición legal alguna que permita al representante de un menor celebrar contratos con terceros que desvirtúen las reglas prescritas por el legislador para la enajenación de los bienes de menores de edad. Si se dejara al curador esa facultad, la de asegurar previamente un postor cuando se hubiere de sacar a licitación pública algún bien de su pupilo, comprometiéndose con el presunto postor a que el remate se ha de realizar por un precio entre ellos convenido, quedarían sin efecto las normas de la ley. La subasta pública sería un procedimiento simulado para los efectos de legalizar un contrato anterior. El remate sería pro fórmula, porque en la práctica ya se habría efctuado la venta a un precio fijo, sin tener en cuenta el avalúo que los peritos le dieran a los bienes y la posibilidad de que suba el remate por pujas y repujas.

4.—Es un principio general de derecho, aceptado por nuestra jurisprudencia y aplicado al tenor del artículo 8º de la ley 153 de 1887, que para recobrar lo pagado indebidamente, a falta de norma expresa, son aplicables las reglas generales de equidad sobre enriquecimiento sin causa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

1º.—El señor Adolfo Zambrano contrajo matrimonio con la señorita Alina Muñoz el 16 de diciembre de 1935, y como ésta era menor de edad, para los efectos de la administración de su patrimonio, el esposo obtuvo se le designara como su curador.

2º.—Entre los bienes que integraban el patrimonio de la señora Muñoz de Zambrano, se encontraban unos derechos en las sucesiones ilíquidas de su abuela Saturia Muñoz de Muñoz y en la de su abuelo Ignacio Muñoz C., radicados en un predio denominado "El Convenio", de la antigua hacienda de "Calaguala", jurisdicción del municipio de Puracé, en el Departamento del Cauca.

3º.—Con el objeto de enajenar tales derechos, su esposo obtuvo la correspondiente licencia judicial, la cual como es de ley, debía culminar con el remate de los referidos bienes en licitación pública, conforme lo disponen los artículos 483 y 484 del Código Judicial.

4º.—A pesar de las disposiciones legales que ordenan la enajenación de bienes de menores en subasta pública, al mejor postor, el señor Zambrano y don

Nepomuceno Ordóñez celebraron el 18 de junio de 1936, un contrato en el cual estipularon la venta de lo que iba a ser materia del remate, por un precio que previamente acordaron. Este precio fue el de $ 155 por cada plaza de potrero limpio y $ 30 por cada plaza de montaña, que en el predio de "El Convenio" se le adjudicara a la menor.

5º.—El comprador y luego demandante en este juicio, señor Nepomuceno Ordóñez, sostiene que ese pacto o acuerdo sobre el precio de lo que iba a rematarse de propiedad de la menor, no tenía otro objeto que garantizar la presencia de un postor en el remate y evitar que este acto fuera a quedar desierto, dado que no era un aliciente adquirir unos derechos indeterminados e indeterminables en las referidas mortuorias.

6º—Las actuaciones requeridas para la licencia judicial culminaron con el remate público, en el cual se presentó como único postor el señor Ordóñez, lo que dio lugar a que se le adjudicaran los bienes por el precio en que fueron avaluados por peritos durante el proceso, o sea por la suma de $ 31.200.00, que fueron pagados por el rematante así: una parte, con un anticipo que había hecho a Zambrano; otra con el valor del porcentaje consignado en el Juzgado para hacer postura; y el resto, en documentos negociables que el representante de la menor descontó en una institución bancaria.

7º.—Dueño ya Ordóñez de los derechos que doña Alina tenía en las mortuorias de sus abuelos paternos, sobrevino la división material del predio de "El Convenio" y se le adjudicaron en éste determinado número de hectáreas que, al precio previamente acordado, tenían un valor de $ 22.410.40, y como el precio del remate había subido a $ 31.200.00, quedaba una diferencia de $ 8.789.60, que según lo convenido en el contrato, Zambrano debía devolver al comprador.

8º.—Los señores Adolfo Zambrano y esposa no se allanaron a reintegrar a Ordóñez la diferencia entre el precio previamente estipulado en el contrato de 18 de junio de 1936 y el valor fijado por los peritos en las diligencias de licencia judicial para enajenar los bienes de la menor. Esto dio motivo para que Ordóñez los demandara ante el Juzgado Segundo del Circuito Civil de Popayán, con fecha 23 de marzo de 1942.

La sentencia recurrida

El Juez de primer grado acogió la excepción de nulidad del contrato de 18 de junio de 1936, propuesta por los demandados, y los absolvió de los cargos formulados por el actor. El Tribunal Superior de Popayán, a su turno prohijó la sentencia de primera instancia, y considerando también nulo el contrato atrás mencionado, confirmó la decisión del inferior.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva del Tribunal Superior de Popayán interpuso el demandante el recurso de casación que debidamente admitido y sustanciado, decide hoy la Corte.

Con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia Ordóñez, por considerar que hubo infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación de la ley, como consecuencia de deficiencias en el estudio de algunas pruebas y omisión de otras al fallar.

En siete extensos apartes presenta el apoderado del recurrente los cargos formulados a la sentencia los cuales pueden resumirse así:

Cargo primero

Que el contrato Zambrano-Ordóñez es lícito y plenamente válido, porque tenía como objeto defender, como en realidad sucedió, los intereses patrimoniales de la menor Alina Muñoz de Zambrano. Para convencerse de lo anterior, dice el recurrente, basta estudiar los antecedentes que dieron origen al negocio celebrado.

Los derechos de la menor Muñoz de Zambrano en la sucesión de su abuela eran, según el testamento, equivalentes a una décima parte del predio "El Convenio", más lo que pudiera corresponderle en el mismo bien como herencia de su abuelo eran imprecisos e indeterminados, ya que la sucesión del último fue intestada y poseía sólo 28.568.60 acciones en el total del precio, que se suponía dividido en 129.000 acciones, lo que dio por resultado que no fuera posible adjudicarle en la división material del precio de "El Convenio" a la señora Alina de Zambrano, la décima parte que se suponía habría de corresponderle por la herencia de su abuelo. De ahí que el Juez al conceder la licencia judicial al curador para enajenar el bien de la señora Alina, en asocio de un hermano también menor, hubiera especificado que la licencia se refería "a la parte que se les asigne o pueda corresponderles por tratarse de derechos universales en la herencia".

Esta misma circunstancia de la indeterminación de lo que iba a ser materia de la compraventa, fue tenida en cuenta por los peritos al avaluar los bienes de los menores, para el efecto de la venta en pública subasta. Deduce el recurrente, por lo que atrás se ha dicho, que siendo indeterminados e in-

determinables los derechos de la menor, al presentarse la demanda sobre licencia judicial para enajenarlos, al concederse tal licencia, al avaluarse los bienes y al rematarse, no era razonable esperar la presencia de postores. De ahí surge la causa y el objeto del contrato llevado a cabo por él con el curador de la señora Muñoz, que no tenía otro motivo que asegurar la presentación de un postor al remate, a fin de que no fuera a quedar desierto.

El contrato de 18 de junio de 1936 tuvo, pues, por origen la necesidad de evitar que el remate se declarase desierto por falta de postor. Como era incierta la extensión del terreno que a la menor se le habría de adjudicar por sus derechos en el predio de "El Convenio", los contratantes buscaron una fórmula que a la vez que garantizara la presencia de un rematante en la licitación pública, redujera para éste lo aleatorio de rematar por precio fijo un bien indeterminado. De estos dos propósitos nació el contrato, con la obligación para Ordóñez de pagar cada plaza de terreno sembrada de pasto a $ 155.00 y a $ 30.00 la de monte, y con el compromiso para Zambrano de devolver la diferencia si el precio del remate era superior.

Al estudiar el Tribunal el juicio, continúa el recurrente, no tuvo en cuenta los antecedentes del convenio, ni los analizó. Pasó por alto las pruebas relacionadas con la naturaleza y cuantía de los derechos que iban a ser materia del remate. Dejó de analizar esas pruebas y relacionarlas con el contrato de 18 de junio, para sacar la conclusión errónea de que éste no tenía otra finalidad, "que desconocer la protección que la ley colombiana prodiga a los interses de las personas incapaces y hacer nugatorios los efectos del próximo remate".

Por estos motivos, dice, el Tribunal violó los artículos 593, 596, 597, 601, 637 y 661 del C. J. Dejó el Tribunal de estimar las pruebas que se relacionaban con la naturaleza y cuantía de los derechos hereditarios de doña Alina de Zambrano en el indiviso de "El Convenio", pruebas que era necesario considerar para entender el verdadero sentido, naturaleza y alcance del contrato de 18 de junio de 1936.

Por la misma causa, el Tribunal violó también, de manera directa e inmediata, los artículos 769 y 1516 del C. C., ya que, con increíble atrevimento, dice el recurrente, presumió la mala fe y aún el dolo de las partes contratantes.

Sostiene, por último, que el sentenciador de segunda instancia violó en forma directa el artículo 1618 del C. C., pues conocida como era claramente la intención de las partes, no quiso estarse a ella.

La Corte considera

No cabe la menor duda de que el contrato celebrado entre el señor Adolfo Zambrano, como curador de su esposa y el señor Nepomuceno Ordóñez, no tuvo otra finalidad que estipular previamente el precio de los derechos de la menor, que se iban a enajenar mediante subasta pública y asegurar postor.

En estas condiciones, las diligencias judiciales adelantadas ante la respectiva autoridad para vender los bienes de la menor, no eran sino una mera fórmula para legalizar la compraventa que previamente habían concertado los firmantes del pacto de 18 de junio, sobre el precio de los derechos hereditarios que a la menor Alina de Zambrano le correspondían o pudieran corresponderle en la mortuoria de sus abuelos. Por el pacto de junio, Ordóñez se obligó a pagar un precio preestablecido, con prescindencia del resultado de la subasta pública.

El régimen establecido en nuestro C. C. para la protección de los menores en sus personas e intereses, es de orden público, considerando éste como lo define Capitant, "como el conjunto de instituciones y de reglas destinadas a mantener en el país el buen funcionamiento de los servicios públicos y la seguridad entre particulares, instituciones que en principio no pueden ser descartadas por convenio entre éstos".

En el derecho civil, la noción de orden público está constituída por el conjunto de reglas que no pueden ser alteradas por el querer de los contratantes. En nuestra ley civil, hay dos clases de reglas: las supletivas y las de carácter imperativo. Las primeras son aquellas por las cuales se viene a sustituir o mejor, a suplir la voluntad de las partes, en caso de que esta voluntad no sea manifestada. Las de carácter imperativo son obligatorias para todos y la ley establece que ellas no pueden ser derogadas por simple acuerdo de los contratantes so pena de nulidad del acto. Las leyes imperativas están basadas, pues, en la noción de orden público y no son susceptibles de modificaciones.

La obligación de Zambrano de aceptar en nombre de su pupila un valor previamente acordado como precio de los bienes de ésta, que debían ser vendidos en subasta pública al mejor postor, entraña el desconocimiento total de los efectos del remate dispuesto por la ley para tales casos. La obligación de reintegrar al comprador Ordóñez la diferencia, si hubiera de presentarse, como en realidad se presentó, entre el precio previamente estipulado en el contrato de 18 de junio de 1936 y el fijado por los peritos como base del remate era la culminación de un proceso violatorio de normas de orden público.

Esas normas son las siguientes:

No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres, (artículo 16 del C. C.); para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que recaiga sobre un objeto lícito y tenga también una causa lícita. Hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie, y la calidad o estado de las partes; la nulidad puede ser absoluta o relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, es nulidad absoluta.

La nulidad es la falta de valor de un acto jurídico. Es nulo, dice el artículo 1740 del C. C., todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad, en ciertos casos, es una verdadera sanción establecida por la ley por haberse violado alguna prohibición o mandato de interés general; en otros casos, es una medida de protección en favor de determinadas personas.

Cuando la nulidad se funda en razones de interés general o de orden público y es causada por una prohibición de la ley, o por un defecto especial que impide al acto producir efecto jurídico alguno desde el momento de su celebración, es nulidad absoluta La relativa es una medida de protección establecida por la ley en favor de determinadas personas, que por razón de su incapacidad, no tienen la libre administración de sus bienes, o que han sufrido un error, engaño o violencia en la conclusión de un acto jurídico. Ella se funda en el interés privado de las partes.

El contrato celebrado por Adolfo Zambrano con Nepomuceno Ordóñez, entraña el desconocimiento de las disposiciones que reglamentan la venta de bienes de menores, que son disposicones de orden público, que no podían ser derogadas por convenio entre las partes, aun cuando el fin que éstas se propusieran hubiera sido asegurar un postor en el remate, y aun cuando existiera la perspectiva de que los peritos pudieran avaluar en menos del precio pactado los derechos que debían enajenarse en licitación pública.

Por estas razones, la Sala considera que el Tribunal no erró al considerar nulo el contrato Ordóñez Zambrano, y que no dejó de apreciar pruebas que pudieran hacer llegar al sentenciador a otra conclusión.

Cargo segundo

Manifiesta el recurrente que siendo los derechos de la señora Muñoz de Zambrano, en el predio de "El Convenio", cualitativa y cuantitativamente indeterminados e indeterminables, la necsidad de que el remate de tales derechos en los trámites de la licencia judicial, no fuera a quedar desierto por la carencia de postor, movió a Zambrano a contratar con Ordóñez para asegurar sn compareceucia como licitador. El Tribunal, dice el recurrente, apreció mal las pruebas llevadas al proceso, especialmente las relacionadas con la naturaleza y cuantía de los derechos hereditarios que doña Alina poseía en el predio de "El Convenio", y, además, el contrato de 18 de junio de 1936, violando por esa mala apreciación los artículos 1116, 1619, 1620, 1621, 1622, 1623, y 1624 del C. C.

La Corte considera:

En realidad los derechos de la señora de Zambrano eran indeterminados en el momento en que se solicitó la licencia judicial para enajenarlos, pero no eran indeterminables. Se conocía que en la herencia de la señora Saturia Muñoz de Muñoz se le había adjudicado una décima parte, y asimismo era conocido el número de acciones o cuota que le correspondía al causante señor Muñoz en el predio de "El Convenio", que al decir del demandante equivalía a 28.568.60 acciones en el total del valor del inmueble. De las acciones de su abuelo le venían a corresponder a la señora Alina, algo así como la cuarta parte de una décima del predio de "El Convenio". En consecuencia, no procedió a oscuras el señor Ordóñez al hacer su oferta en el remate público, y dado que tenía conocimiento de la forma como podían liquidarse las herencias en que la señora de Zambrano tenía interés, con anterioridad al remate sabía, más o menos, lo que en el referido predio iba a corresponderle. Otra cosa es que haya logrado pactar la compra de esos derechos por un precio inferior, desconociendo las disposiciones legales que reglamentan la venta de bienes de menores en licitación pública.

No ha existido, pues, mala apreciación de pruebas por parte d le Tribunal, y al estudiar el contrato de 18 de junio de 1936 esa corporación no violó las disposiciones legales citadas.

Cargo tercero

En este cargo insiste una vez más el recurrente en sostener que el Tribunal no quiso considerar nin-

guna de las pruebas que obran en los autos, actitud, dice, que lo llevó a la conclusión de que el contrato de 18 de junio de 1936 "tenía por objeto real y verdadero vender sin las formalidades de ley, bienes de menores". Sostiene que el indicado contrato no tuvo por objeto disponer de los bienes de la menor sin los requisitos legales, ni menos burlar los resultados de la subasta pública.

El recurrente razona así: "Bien pudiera hacer aquí una larga exposición sobre las modernas concepciones de la causalidad y de los móviles determinantes en los contratos civiles; recordar como el criterio objetivo de la ley y del contrato que hallaba su enunciación sintética en el cruel aforismo de "dura lex, sed lex", va siendo reemplazado por un más humano criterio subjetivo que atiende, en la interpretación de la ley y del contrato, antes que a la rigidez de la dicción escrita, a los postulados de la justicia inmanente y a las aspiraciones de la intención previsible traer a cuento cómo las modernas teorías de la fuerza vinculante de la buena fe, del abuso del derecho y de la imprevisión, entre otras muchas, no son sino sabias aplicaciones de un nuevo criterio de interpretación legal. No lo hago, sin embargo, porque comprendo bien que no conviene insistir sobre estos temas ante quienes en ellos son maestros y porque hacerlo sería destacar la impresionante orfandad científica del fallo recurrido. Además, yo considero que, en este caso, no es necesario acudir a las sabias teorías de Ihering o de Josserand, para descubrir la causa y el objeto del contrato que celebraron el 18 de junio de 1936 mi mandante y el señor Adolfo Zambrano. Esta causa y ese objeto surgen, con espontaneidad maravillosa, de los hechos y antecedentes que dejo relatados, según paso a demostrarlo".

Opina también el demandante en casación que al estudiarse el contrato Ordóñez-Zambrano, al tenor del artículo 1517 del C. C., que dice que "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer" se ve claramente que para ambos contratantes, el convenio de junio tenía como finalidad, una obligación de hacer, como consecuencia de la cual habrían de surgir obligaciones de dar: "Ordóñez debía hacer postura y rematar" los derechos hereditarios que correspondían a doña Alina de Zambrano en el predio de "El Convenio", y como natural secuela de esa obligación debía consignar el porcentaje legal para ser admitido como rematante y pagar el precio completo del remate; Zambrano, por su parte, tenía como obligación principal continuar las gestiones necesarias para que se sacaran a remate público esos derechos de su esposa que Ordóñez había de rematar, recibir de éste el precio del remate, proceder después a la partición del predio de "El Convenio" y, en el caso previsto por la cláusula cuarta del contrato, desponder de la diferencia de valores a que allí se alude. Estos y no los que le atribuyó el Tribunal sentenciador, fueron los objetos del contrato de 18 de junio de 1936".

Alega que para Zambrano la causa que lo indujo a la celebración del contrato en estudio, fue la de proteger los intereses de su pupila y asegurar el éxito del remate que iba a hacerse. Para Ordóñez, la causa que lo movió a contratar, fue el deseo de adquirir a precio razonable, los derechos que podían corresponderle a la señora de Zambrano en el citado predio y disminuir los contingentes que significaba comprar por precio fijo unos derechos cuya equivalencia material no era posible prever.

Afirma el recurrente que no existe disposición legal que impida disminuir la peligrosa incertidumbre de rematar unos derechos indeterminados e indeterminables, estipulando previamente un precio.

Cree que el Tribunal apreció en forma equivocada por estos nuevos aspectos, el contrato de 18 de junio.

Termina este cargo sosteniendo que por mala apreciación e interpretación de las pruebas y por falta de apreciación de otras, el sentenciador violó los artículos 1502, 1505, 1524, 1602, 1603, 1608, 1610, 1613 y 1614 del C. C. incluye como violados, por mala aplicación al caso, los artículos 1519, 1521 y 1523 de la misma obra, que definen taxativamente qué debe entenderse por objeto ilícito en los contratos, ya que el celebrado el 18 de junio no tuvo otra finalidad que proteger los intereses de la menor Zambrano. También considera violados los artículos 15, 16, 1740, y 1741 del C. C., que definen la nulidad absoluta, pues a su entender, en el contrato no se renunciaron derechos de nadie y menos de una menor

La Corte considera:

No existe disposición legal alguna que permita al representante de un menor, celebrar contratos con terceros que desvirtúen las reglas prescritas por el legislador para la enajenación de los bienes de menores de edad.

Si se dejara al curador esa facultad, la de asegurar previamente un postor cuando se hubiere de sacar a licitación pública algún bien de su pupilo, comprometiéndose con el presunto postor a que el remate se ha de realizar por un precio entre ellos convenido, quedarían sin efecto las normas de la ley. La subasta pública sería un procedimiento simulado para los efectos de legalizar un contrato anterior. El remate sería pro fórmula, porque en la práctica ya se habría efectuado la venta a un pre-

cio fijo, sin tener en cuenta el avalúo que los peritos le dieran a los bienes y la posibilidad de que suba el remate por pujas y repujas.

Se ha considerado por el recurrente como un error de hecho cometido por el Tribunal, la forma como interpretó el contrato. En realidad, esta interpretación daría lúgar no a un error de hecho sino de derecho, ya que el Tribunal declaró que en el convenio de junio tántas veces citado, había objeto ilícito, como es el de pactar la venta de bienes de menores dejando a un lado las disposiciones de la ley.

Considera el demandante que sin el convenio previo del precio, no hubiera sido posible obtener postor; esto seguramente porque el precio fijado como base para el remate, no correspondía al valor de los derechos en el inmueble. Este argumento deja de tener valor si se recuerda que declarado desierto un remate por carencia de postor, se puede pedir una retasa del bien, a fin de buscar un justiprecio acomodado a la realidad y obtener en una nueva licitación posibles postores.

Por consiguiente, se declara no probado el cargo.

Cargo cuarto

Sostiene el recurrente que el señor Adolfo Zambrano en el contrato de 18 de junio de 1936, obró no sólo en representación de su esposa como su curador, sino también en su propio nombre, comprometiéndose a "responder por la diferencia" en caso de que el valor del número de plazas adjudicadas a Ordóñez resultara inferior al precio del remate de los derechos de la menor en la subasta pública.

Reza la cláusula cuarta del aludido contrato: "si se adjudica el remate a Ordóñez por un precio menor del estipulado en la cláusula segunda, o sea de $ 155 por plaza de potrero limpio y de $ 30 por plaza de monte, Ordóñez pagará siempre el acordado y si se le adjudica por un precio mayor, solamente pagará el precio estipulado con Zambrano y éste responderá por la diferencia".

Sostiene igualmente que habiendo anticipado Ordóñez $ 10.000.00 a cuenta del futuro remate, Zambrano hipotecó un bien de su propiedad para garantizar dicho anticipo.

Continúa diciendo que a su juicio la cláusula cuarta del contrato de 18 de junio interpretada en sí misma y a la luz de la escritura pública número 497 de la citada fecha, por la cual Zambrano otorgó la hipoteca de que se ha hablado, constituye evidentemente una obligación de garantías que el nombrado Zambrano contrajo a favor de don Nepomuceno Ordóñez, en beneficio de los intereses de su esposa.

Que este error de hecho en que incurrió el Tribunal al considerar que en el contrato obró Zambrano exclusivamente como curador desu esposa y no en nombre propio, lo condujo a violar, en lo que se relaciona con la responsabilidad personal del demandado, las siguientes disposiciones del C. C.: artículos 15, 16, 1519, 1521, 1523, 1740, 1741, 1494, 1502, 1505, 1524, 1602, 1603, 1608, 1610, 1613 y 1614. disposiciones todas que de haberse aplicado al caso de la responsabilidad personal de Zambrano, habrían traído un fallo muy distinto del proferido por el Tribunal.

La Corte considera:

Bastaría leer el encabezamiento del documento privado de 18 de junio en que Zambrano y Ordóñez expresaron su acuerdo sobre la proyectada compraventa de los derechos de la menor Alina Muñoz en la sucesión de sus abuelos, para comprender que allí obró el curador de la menor en representación de ésta y no en nombre propio. Tal contrato reza así: "El primero (es decir Zambrano) en su carácter de curador de su mujer legítima Alina Muñoz de Zambrano y el segundo, en su propio nombre, hemos celebrado el contrato que se consigna en las cláusulas siguientes:"

El hecho de que el representante legal de doña Alina hubiera garantizado con un bien de su propiedad el anticipo de los $ 10.000.00, recibidos a cuenta del remate que se iba a efectuar, en nada desvirtúa la calidad de curador con que obró al suscribir la convención de 18 de junio, pues tal garantía era posible legal y comercialmente. Tal procedimiento estaba acorde con el artículo 2434 del C. C., inciso 2º, que permite hipotecar un bien propio para garantizar una obligación ajena.

Por lo expuesto se declara improcedente el cargo.

Cargo quinto

Se refiere el representante del señor Ordóñez en esta parte de su libelo de casación, a la petición subsidiaria hecha en la demanda. Ordóñez demandó el cumplimiento del contrato de fecha 18 de junio de 1936, o sea la devolución del mayor valor entregado como precio de lo contratado y en subsidio ejercitó la acción de "pago de lo no debido y de perjuicios". Si el contrato era nulo lo natural y lógico, dice, no era desechar todas las súplicas de la demanda, sino estudiar si los pagos hechos por Ordóñez a Zambrano habían tenido o no causa, para sentenciar en consecuencia. Era obligación del Tribunal estudiar si el contrato de 18 de junio era lícito y válido, o no lo era. Si lo primero, debían

prosperar las peticiones principales. Si lo segundo, era del caso estudiar si los pagos hechos por Ordóñez lo fueron en razón de ese contrato; si tales pagos o parte de ellos eran indebidos, por haber carecido de causa; si cabía considerar la noción de "dolo" en ambas o en alguna de las partes que habían intervenido en el contrato nulo; si existía o no, para alguna de esas partes un "enriquecimiento torticero"; y, por último, si era o no el caso de decretar algunas prestaciones originadas precisamente en la nulidad del contrato. Que es inmoral que el ilícito produzca beneficios, como en el caso en estudio, en que el señor Zambrano vino a ser el afortunado beneficiario de la nulidad del contrato materia del pleito.

Considera que si bien es cierto que en nuestro derecho sutantivo no existen normas expresas relativas al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando los campos de su dominio y precisando sus elementos constitutivos. Que los artículos 5, 8 y 48 de la ley 153 de 1887, sirvieron de base para ese noble empeño. La teoría tiene como base el principio reconocido de que "nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro". Que el legislador colombiano, lejos de destruir aquella noción de derecho y equidad, la ha reconocido en casos especiales como en el "pago de lo no debido".

Hace un estudio de los elementos que configuran la teoría del enriquecimiento sin causa, para concluir que en el negocio celebrado entre su cliente y el señor Zambrano, sobre venta de los derechos de la esposa de éste en el predio de "El Convenio", existe un enriquecimiento sin causa legal, puesto que el pago de $ 8.789.60 realizado por Ordóñez a favor de Zambrano no tuvo como fundamento siquiera una obligación natural, caso éste en que no se hubiera podido ejercitar, por prohibirlo el artículo 2315 del C. C. Que tampoco era aplicable al caso del pleito el artículo 1525 de la misma obra, porque Ordóñez no procedió "a sabiendas" de que el contrato de 18 de junio era nulo por ilicitud de su causa y de su objeto, sino con el convencimiento íntimo y honrado de su validez y consiguiente obligatoriedad.

Considera que el Tribunal al interpretar la norma general de derecho civil consignada en el artículo 9º del Código, de que la ley se presume de todos conocida y de que su ignorancia no sirve de excusa como un principio absoluto que no admite excepciones, dejó de tener en cuenta excepciones a tal principio, como la consignada en el artículo 2315 del C. C. "que permite repetir lo que se ha pagado por error de derecho, es decir, por ignorancia o mala interpretación de la ley, cuando el pago no tiene fundamento ni siquiera en una obligación puramente natural. Esta excepción tiene por objeto evitar que en las relaciones civiles ordinarias, la ignorancia legal de una de las partes, puede ser causa del injusto enriquecimiento de la otra. Por ello, tratándose de pagos indebidamente hechos, pueden repetirse aún los que se hicieron por error de derecho y sin fundamento en una obligación meramente natural; no se opera, pues, en estos casos, la norma general del artículo 9º del C. C."

Concluye que por este aspecto su demanda de casación también es viable, por cuanto el Tribunal no aplicó al caso, debiendo hacerlo, el artículo 2313, "en cuanto dispone que si el que por error ha hecho un pago prueba que no lo debía, puede repetir lo pagado..."

Alega el recurrente que existe un enriquecimiento sin causa, a virtud de haber obtenido la menor señora de Zambrano un aumento de riqueza con menoscabo del patrimonio del acto. Injusto por cuanto la utilidad obtenida tiene origen en el contrato de 18 de junio, en que el representante de la menor, para asegurar quien hiciera postura en la venta que se iba a verificar en pública subasta de unos derechos de propiedad de su pupila, se comprometió a vender el lote de terreno que se le adjudicara a ésta al operarse la liquidación y partición material de las herencias en que tales derechos se encuentran vinculados, por un precio previamente estipulado y convenido entre Ordóñez y Zambrano.

Enriquecimiento sin causa, por cuanto el terreno adjudicado a la menor al precio señalado de antemano, fue de $ 22.410.40 y Ordóñez había entregado en el remate público la suma de $ 31.200.00. Zambrano, en consecuencia, debía devolver la diferencia o sea la suma de $ 8.789.60, a virtud del pacto honorable y equitativo mediante el cual Zambrano aseguró el comprador y correlativamente éste aseguró la adquisición del lote que le adjudicara a la señora de Zambrano en la partición del predio de "El Convenio", por un precio determinado.

La Corte considera:

En el estudio del presente negocio es necesario dejar sentado como base de lo que adelante se dirá, que existen en él dos situaciones jurídicas perfectamente diferentes, a saber: por una parte, un contrato de compraventa de los derechos sucesorales que a doña Alina le correspondían en la sucesión de sus abuelos, el cual verificó Ordóñez por intermedio del Juzgado del Circuito de Popayán, que en el juicio de

licencia judicial para enajenar los bienes de la menor, adjudicó a quien hizo postura por el precio fijado por peritos, por tratarse de un remate voluntario. Este contrato de compraventa se consumó al inscribirse en la respectiva oficina de registro el acto de remate y la sentencia aprobatoria, mediante el pago que el rematador hizo del precio.

Por otra parte, existe un contrato celebrado entre Ordóñez y Zambrano, obrando éste como curador de su esposa, en el cual el primero, se comprometió a hacer postura en el remate que iba a verificarse y el segundo a vender el lote de terreno que resultara en la partición material del predio de "El Convenio", por un precio estipulado por hectáreas.

En el contrato celebrado por intermedio del Juez y con las formalidades propias de la venta de bienes de menores, se observa que las partes cumplieron sus obligaciones y el contrato tiene toda la eficacia legal. En él aparece que Ordóñez hizo oferta ante el Juez, sin condición alguna, por la suma de $ 31.200.00 que cubrió así: $ 10.000.00, que había dado anticipadamente a Zambrano y por los cuales había recibido una garantía hipotecaria; $ 3.120.00, depositados por Ordóñez en el Juzgado para hacer postura,, que luego se imputaron al precio; y el saldo, o sean $ 18.080.00, que Ordóñez entregó a Zambrano en instrumentos negociables, que éste declaró recibidos ante el Juez.

En estas circunstancias y planteado el problema en la forma atrás enunciada, la menor no ha recibido sino el precio estimado por peritos. No se ha hecho más rica, ha obtenido en compensación de los bienes que se trasmitieron por ministerio de la ley a Ordóñez, lo que expertos estimaron que valían esos mismos bienes.

Es un principio general de derecho, aceptado por nuestra jurisprudencia y aplicado al tenor del artículo 8º de la ley 153 de 1887, que para recobrar lo pagado indebidamente, a falta de norma expresa, son aplicables las reglas generales de equidad sobre enriquecimiento injusto.

Para que este principio tenga aplicación, es necesario que se reúnan, según los tratadistas, tres requisitos, que en el caso en estudio no están demostrados en forma alguna: 1º No existe un enriquecimiento indebido de la demandada. La señora de Zambrano recibió como precio de sus derechos en las sucesiones ilíquidas de sus abuelos, la suma de $ 31.200.00, valor de los bienes rematados que le fueron adjudicados a Ordóñez por haber ofrecido en la subasta pública tal precio; 2º Existió una causa legal y justa para que la señora hubiera obtenido tal precio, la oferta hecha por Ordóñez ante el Juez que verificaba el remate y habérsele adjudicado por el precio total del avalúo, por tratarse de un remate voluntario; 3º Tampoco existe la circunstancia requerida para que la acción de enriquecimiento injusto sea válida, o sea, que el demandante sufra daño por no obtener el reembolso de lo injustamente pagado. Si se considera que los bienes adjudicados a Ordóñez en el remate lo fueron por el precio dado por peritos y vista la circunstancia de que la adquisición de esos mismos bienes la hizo en subasta pública, no se concibe cuál sea el daño causado en su patrimonio por la menor. Otra cosa es que hubiera pactado ilegalmente un precio y sus aspiraciones no hubieran obtenido éxito. Por consiguiente se declara no probado el cargo.

Cargo sexto

Con fundamento en el artículo 1746 del C. C., que consagra el derecho que tienen las partes de un contrato que se declara nulo para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido dicho contrato, y a la excepción a este principio reglamentada por el artículo 1525 de la misma obra, que dispone que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, y afirmando que el señor Ordóñez al pactar por precio determinado los bienes que iban a ser rematados, pertenecientes a la menor señora de Zambrano, procedió "sin saber, más aún, sin poder saber" que tuviera objeto y causa ilícitos, con ignorancia invencible, sostiene el recurrente que el Tribunal violó tales preceptos al no ordenar que las cosa volvieran al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato declarado nulo, puesto que se sabía que el cnotratante Ordóñez no había procedido "a sabiendas" de aquella ilicitud. Concluye afirmando que "el Tribunal sentenciador se quedó, por así decirlo, a la mitad del camino: declaró que el contrato de 18 de junio era nulo y se abstuvo al mismo tiempo de deducir las consecuencias que debían desprenderse de esa declaración.

Cree igualmente, y así lo expresa, que el Tribunal violó también el artículo 1747 del C. C. que dice que "si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella, no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rcia la persona incapaz". El Tribunal infringió esta disposición por cuanto aparece, de una manera evidente, que la menor señora de Zambrano recibió $ 8.789.60, más el valor señalado a los derechos que le fueron adjudicados en el juicio

de división material del predio de "El Convenio". Que como consecuencia, dentro de las normas sobre enriquecimiento sin causa, reconocida por el artículo 1747 del C. C., el Tribunal ha debido decretar la petición subsidiaria de repetición del pago de lo no debido, que en el juicio ejercitó el señor Ordóñez. No habiéndose hecho así, se violó la norma citada.

La Corte considera:

Como se dejó dicho atrás, en el presente proceso hay que considerar dos actos o contratos: el que celebró el señor Ordóñez cuando adquirió en pública subasta los derechos de la menor señora de Zambrano, el cual tuvo cumplida realización por haber cubierto Ordóñez el precio del remate que llevó al Juez a aprobar éste y a ordenar la inscripción del acta respectiva y la sentencia aprobatoria. El otro contrato es el relativo a la promesa de venta de los mismos derechos, celebrado entre Ordóñez y Zambrano el 18 de junio de 1936, por el cual los contratantes convinieron en condiciones inaceptables ante la ley, como la de establecer previamente el precio de la venta de los derechos de la menor, que debían transferirse al mejor postor. Este último contrato ha sido ineficaz y fue considerado nulo por el Tribunal por llevar en sí un objeto y causa ilícitos.

Se tiene, pues, que si el contrato de 18 de junio fue ineficaz, mal puede invocarse la restitución al estado anterior de que trata el artículo 1746 del C. C.

Las anteriores consideraciones llevan a desechar el cargo en cuestión.

Cargo séptimo

Alega, por último, el recurrente que la segunda acción subsidiaria en el libelo de demanda, fue la de daños y perjuicios, que durante el litigio se estimaron en la suma de $ 5.116.00. Esta acción, lo mismo que la repetición de pago de lo no debido, no estaba acondicionada, ni dependía necesariamente de la validez del contrato de 18 de junio. Sobre el particular afirma que podrían presentarse una de las dos circunstancias siguientes y por cualquiera de ellas los demandados se habrían hecho responsables de cubrir los daños y perjuicios ocasionados al actor por el incumplimiento.

El contrato de 18 de junio era válido, o no lo era. Si lo primero, Zambrano se ha hecho responsable de los perjuicios ocasionados a Ordóñez por no haberle cumplido. Si lo segundo, o sea si carecía de valor ante la ley el contrato en referencia por estar viciado de nulidad, habría que desestimarlo como convención generadora de relaciones jurídicas, pero subsistiría siempre como un hecho, generador de otro, que ocasionó al demandante serios perjuicios.

Que Ordóñez remató por el precio acordado en el documento de 18 de junio y en desarrollo de ese convenio, entregó al Juez la suma de $ 31.200.00, valor dado por los peritos a los derechos "indeterminados e indeterminables" que la señora de Zambrano poseía en el predio de "El Convenio". Que no habiendo recibido Ordóñez en terreno, al realizarse la partición material de este predio, sino la suma de $ 22.410.40, su contratante debía haberle devuelto la diferencia o sea $ 8.789.60, conforme lo pactado. Que la circunstancia de haber logrado estipular un precio fijo por hectárea, fue lo que movió a Ordóñez a presentarse al remate.

Que el Tribunal sentenciador al no haber considerado tales aspectos del problema y sobre todo, al no haberlos tenido en cuenta al fallar, violó las siguientes disposiciones del C. C.: artículos 1613, 1614, 1615, 1616 y 1617. Que no aplicó al caso del pleito, los artículos 2341 a 2344 de la misma obra, debiendo hacerlo.

La Corte considera:

Si se tiene presente que don Nepomuceno Ordóñez remató en licitación pública los referidos derechos de la menor señora de Zambrano, y siendo así que la suma con que cubrió el valor de lo rematado fue el precio en que los peritos estimaron tales bienes y Ordóñez hizo oferta por ese precio, no se ve cuáles puedan ser los perjuicios que se atribuyen a la demandada como consecuencia del remate.

En cuanto al contrato de 18 de junio, no siendo eficaz ante la ley, no es posible tenerlo en cuenta para decidir el negocio.

Tampoco están demostrados los perjuicios que alega el recurrente.

Las consideraciones que anteceden son suficientes para mantener el fallo recurrido ya que no aparecen violadas las disposiciones legales citadas, ni demostrados los hechos en que se apoya la demanda de casación.

Sentencia

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

por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia que ha sido motivo del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán con fecha 30 de septiembre de 1944.

Condénase al recurrente en las costas.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda— Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León, Secretario en ppdad.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE PERMUTA, DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, ETC.—REQUISITOS PARA QUE HAYA COSA JUZGADA

1.—El registro es formalidad extrínseca y no es de él de donde se deriva el imperio de la sentencia, la que de suyo tiene toda su fuerza sobre las partes. Tal ha sido la doctrina constante de la Corte.

2.—Relacionando entre sí los artículos 1546 y 1609 del C. C., en un contrato bilateral la parte que se halla en mora de cumplir lo de su cargo tiene sobre sí la opción de la otra parte para insistir en el contrato o desistir, esto es, para exigir su cumplimiento o demandar su resolución. En especial, estas acciones las consagra ese código para la compraventa en sus artículos 1930 y 1882, aplicables a la permuta, según el 1958. Considerando que la acción resolutoria corresponde al incumplimiento, pudiera a primera vista pensarse rígidamente que, cualquiera que sea la senda o motivo por donde a éste se ha llegado, lo demandado y decidido, en su caso, es la resolución y que, por tanto, no es aceptable nueva demanda resolutoria por motivo diferente. Pero esta rigidez de concepto conduciría a la grave injusticia, o podría conducir, de que se tuviese por juzgado lo que no se ha discutido. De ahí la exigencia de identidad de RATIO PETENDI para que se produzca la cosa juzgada.

Nuestra ley la exige expresamente al requerir que "la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes". (C. J. Artículo 474) Los comentadores suelen reducir estos tres elementos a dos, juntando los dos primeros con el nombre de identidad en la cuestión. Para que ésta exista y con ella la excepción de cosa juzgada, dice por ejemplo, el profesor Coviello, "no basta que el objeto de la nueva demanda sea idéntico al de la anterior, sino que es preciso, además, que se pida el mismo objeto por la misma causa. Por causa debemos entender el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión; de aquí que se distinga netamente de la acción, porque de un solo y mismo hecho jurídico pueden derivar varias acciones, como de la compraventa la ACTIO REDHIBITORIA y la QUANTI MINORIS; que se distinga también de los motivos o razones, así de hecho como de derecho, aducidos para justificar la demanda; de los medios de prueba que pueden ser varios respecto al mismo hecho jurídico y, finalmente, del objeto práctico o motivo psicológico que induce a entablar determinado juicio. Poco importa, pues, que la acción que se ejercita sea diversa de lo anteriormente acogida o rechazada por la sentencia, que sean diversos los motivos invocados para justificar la nueva demanda, que es invoquen nuevos medios de prueba o que sea diferente el fin práctico de la demanda; la excepción existe cuando, no obstante tales diferencias, el fundamento jurídico de la pretensión es el mismo. El hecho jurídico es el mismo cuando en el nuevo se invoca el mismo hecho específico ya invocado en el anterior, y no cuando, como algunos lo han pretendido, se invoca un hecho que entra en la misma categoría o género próximo a que pertenece el que antes se hizo valer. Así, no habrá identidad de causa cuando aquél que en un juicio de reivindicación ha sucumbido por no haber demostrado la existencia de la donación como fundamento jurídico de su propiedad, intenta un nuevo juicio con el mismo objeto, si bien alegando una compraventa, un legado, etc. Así también, si en un juicio de nulidad de un contrato por error sucumbe el demandante, podrá demandar de nuevo la nulidad por otro vicio de consentimiento, como violencia o dolo..." Iguales comentarios se encuentran en la obra del profesor W. Kisch, "Elementos de Derecho Procesal Civil" que, al estudiar en sus distintas fases el tema de que aquí se está hablando, (RECHTSKRAFT DES URTEILS), se detiene en las diferencias a que se ha aludido, en la forma antedicha, respecto del hecho jurídico y, con él, de la causa para saber si hay o no identidad en ella entre las dos demandas que ocurre cotejar cuandoquiera que se presenta el problema de la cosa juzgada.

3.—Por más que la deficiencia en la cabida, en llegando a la magnitud de que habla el artículo 1888 IN FINE, dé base al desistimiento, esto es, a la resolución del contrato, no puede

desconocerse que allí se reglamenta lo tocante a cabida en una forma especial diferente de como el artículo 1882 reglamenta la resolución nacida de la falta de entrega. A mayor abundamiento es de recordarse que el artículo 1889 recalca sobre la diferencia entre la venta con relación a la cabida y la venta como cuerpo cierto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La señora María Elena Galarza de Eberhard entabló juicio ordinario contra los señores Alfonso y Félix Antonio Santofimio en el Juzgado Civil del Circuito del Espinal sobre resolución de la permuta que aquí se detallará. Contestaron oponiéndose y excepcionando de cosa juzgada. La instancia se cerró con fallo absolutorio el 4 de junio de 1943, del que apeló la actora. Tramitada la segunda instancia en el Tribunal Superior de Ibagué, su sentencia de 15 de mayo de 1944 revocó aquélla e hizo las declaraciones y condenaciones solicitadas por la demandante, salvo la de las costas del juicio.

El apoderado de los demandados interpuso casación. Suelta en su favor la duda sobre la cuantía, se concedió el recurso, el que se admitió y tramitó debidamente, por lo cual se procede a decidirlo.

Versa el litigio sobre resolución con indemnización de perjuicios de la permuta solemnizada ante el Notario 1º de Ibagué el 30 de mayo de 1936 por escritura Nº 426, en la cual la demandante, entonces soltera, transfirió a los Santofimios El Congolito, finca ubicada en el Corregimiento de Doima del Municipio de Piedras, y en cambio recibió a Bellavista, finca de la jurisdicción de San Pedro, Corregimiento del Municipio de Armero, que le transfirió Félix Antonio Santofimio. Estos inmuebles se estimaron, en su orden, en $ 600 y $ 500 y Félix Antonio entregó a la señorita Galarza los $ 100 de diferencia.

La demandante afirma que no se le ha hecho entrega material de la finca Bellavista, pues a tal fin sólo se proveyó con una carta de Félix Antonio que se la ordenaba a su cuidandero Segundo Molina, y que éste desde el primer momento se denegó a entregar alegando largos años de posesión de que puede derivar título de dominio y, sobre todo, que se le debe el valor de las mejoras existentes en esa finca, por ser suyas. Afirma la demandante también que, si la escritura asegura para esta finca una extensión de sesenta hectáreas, la realidad ha resultado en sólo seis. Afirma igualmente haber recibido considerables perjuicios con la infracción del contrato por parte de los Santofimios, a quienes ella cumplió lo de su cargo. Así fundamenta sus pedimentos de resolución de la permuta, devolución de El Congolito, cancelación del citado instrumento público y su reigstro, e indemnización de perjuicios.

Los demandados, a más de la cosa juzgada que aquí se tratará adelante, alegan que Molina no se ha negado a entregar, sino que la demandante no se ha prestado a recibir a Bellavista, y de otro lado, que, caso de haber acciones a favor de la actora, no serán de cargo de Alfonso sino exclusivamente de Félix Antonio, porque el tradente de Bellavista y quien, a mayor abundamiento, pagó los $ 100, fue sólo este último; de suerte que no hay vínculo alguno entre la demandante y Alfonso distinto de las obligaciones de ella como tradente de El Congolito. Agregan que Alfonso figura como adquirente de la mitad de esta finca, habiendo dado Félix Antonio todo lo que en tierra y dinero correspondió a la permuta, porque los dos convinieron esta forma de pago de lo que Félix Antonio debía a Alfonso por negocios anteriores y distintos que en nada atañen a la señora Galarza y sobre los cuales no tiene ella, por tanto, acción ni interés alguno, como no los tiene tampoco en esa forma de pago acordada entre ellos dos.

Entre las varias razones que condujeron al Juez a absolver se destacan éstas: la acción nacida de ser menor la cabida verdadera que la declarada comienza a contarse desde la entrega, por lo cual si ésta no ha mediado, el ejercicio de aquélla es prematuro y hay contradicción al demandar por falta de entrega y al mismo tiempo por la diferencia de cabida; y al concretarse a la falta de entrega, como hecho culminante entre los fundamentales de la acción resolutoria, el Juez no encuentra pasos de la demandante encaminados a obtenerla, sino, por el contrario, "sólo procedimientos o recursos para deshacerse del contrato de permutación celebrado con los Santofimios y en ningún caso recibir la expresada finca de Bellavista". Estima que esos procedimientos "confirman muy a las claras que la demandante no ha estado dispuesta por su parte a recibir el predio de Bellavista, sea que tenga o no la cabida que se estipuló, y a que de ese modo los señores Santofimios cumplan su obligación de entregar la cosa vendida. A ese cumplimiento se dispusieron o allanaron los demandados". Llega el fallo de primera instancia en este sentido a considerar que "la señora Galarza está en mora de reci-

bir la finca". En seguida manifiesta que "este es el motivo por el cual se absuelve a los demandados de esta acción", como lo es para absolverlos por lo relativo a la cabida, el hecho de no estar la finca en manos de la demandante.

Cuanto a la referida excepción, cita el Juzgado el pleito anterior y la sentencia que le puso fin, que es el fundamento de aquélla; ve que entonces se demandó subsidiariamente la resolución que hoy se pide; advierte que los demandados fueron absueltos, y concluye la cita diciendo que por estar en firme la sentencia de ese pleito, ella "funda la excepción de cosa juzgada, por lo menos en cuanto a la acción de resolución del contrato por la no entrega de la finca de Bellavista, en el juicio actual".

Razonando como se verá adelante, el Tribunal desecha la excepción de cosa juzgada, y apartándose de los conceptos del juez que acaban de resumirse y parcialmente transcribirse sobre entrega, declara la resolución con sus consecuencias legales aludidas y condena a los demandados a la indemnización de perjuicios pedida por la demandante. Advierte el Tribunal que, aunque la demandante hubiera esquivado el recibo de esa finca los Santofimios tenían abierto en contrario el camino del pago por consignación; pero no comparte lo que al respecto piensa el Juez, sino opina que efectivamente Molina se denegó a entregar alegando su situación antedicha como ocupante por largos años y dueño de las mejoras que, de paso sea dicho, sostiene él que son lo que da valor a la finca.

A la verdad, las pruebas levantadas en la segunda instancia atestan un cambio compieto en la actitud con que en la primera apareció Molina manifestando su disposición de entregar y negando ser suya su oposición expuesta en carta que dijo entonces le había impuesto y dictado la señorita Galarza. Después Molina insiste en sus referidas pretensiones como respaldo de su negativa a entregar, y a su dicho agregó la parte demandante como prueba el de varios testigos que corroboran este ánimo y actitud de Molina.

Tal opinión sobre falta de los Santofimios a la obligación de entregar a Bellavista fue la determinante, en fuerza del artículo 1882 del C. C., de la acogida de la acción resolutoria.

Como se dijo, el recurso de casación lo interpuso el apoderado de ambos demandados. De éstos sólo Alfonso se apersonó en la Corte constituyendo apoderado que, en su oportunidad, presentó la demanda de casación para fundamentarlo.

Varios son los cargos que formula, dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C J. Ordenándolos la Sala como para examinarlos previene el artículo 537 del mismo, estudia el relativo a la cosa juzgada ante todo, porque su admisión, en su caso, conduciría a prescindir de los restantes.

La parte demandada solicitó y obtuvo como prueba en la primera instancia copia de las piezas pertinentes del juicio ordinario que por demanda de la misma demandante de hoy contra los mismos demandados de hoy se siguió en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué sobre la misma premuta materia del presente. Esas piezas son: la demanda inicial fechada el 10 de marzo de 1937, la sentencia definitiva de 23 de septiembre de 1938 con su notificación y el auto de ejecutoria de esa sentencia con su notificación y constancia de haber quedado ejecutoriado el 17 de noviembre del mismo año de 1938.

Esa sentencia fue absolutoria. La demanda versó, repítese, sobre el contrato de permuta celebrado entre esas dos partes litigantes por medio de la escritura Nº 426 que el 30 de mayo de 1936 otorgaron ante el Notario 1º de Ibagué. Sus súplicas son la declaración, como principal, de rescisión por lesión enorme, y como subsidiaria, la de que la entonces señorita Galarza tiene derecho a desistir y desiste realmente del contrato celebrado con los citados señores Santofimios, por lo cual las cosas deben volver al estado que tenían antes de la celebración de dicho contrato. Y que como consecuencia de esta desistencia los demandados están obligados a pagarle los perjuicios sufridos por causa de este contrato".

El Tribunal observa que esa demanda no adujo como fundamento la no entrega de Bellavista, pues sus hechos fundamentales miran a la lesión enorme y, en los que puedan entenderse relacionados con la acción resolutoria, se refieren sólo a la deficiencia de la cabida, sobre lo cual la cita de las disposiciones legales aducidas como derecho sólo es la de los artículos 1887 y 1888 del C. C., que son los que dan las acciones establecidas en ellos por este preciso motivo de la cabida. Agrega que esa sentencia se basa en no haberse aducido pruebas sobre los hechos fundamentales, entre los cuales no figura esa falta de entrega, y que, además, el Juez no se detuvo a estudiar la dicha acción subsidiaria. De estas observaciones deduce el Tribunal que entre las demandas de los dos pleitos no hay igualdad de **causa petendi** y que el problema y acción del presente no quedaron decididos en la sentencia de entonces.

Añade que, por preceptuarlo el artículo 2652 del C. C., esa sentencia debió inscribirse en el competente libro de registro y que, faltándole esta formalidad, no hace fe en juicio, al tenor del artículo 2673

ibidem, ni puede aceptarse como prueba, según el artículo 630 del C. J.

Quedan resumidas las razones por las cuales el Tribunal no acogió la excepción de cosa juzgada.

El recurrente acusa de error en la apreciación de esa prueba por no haberse aceptado tal copia en esta calidad y no haberle reconocido su alcance y por el quebranto consecuencial de dicho artículo 2652 aplicado indebidamente y de los artículos 473 y 474 del C. J. por no haberlos aplicado y no haber decidido la controversia en la forma que éstos imponen.

Se considera:

Dado el objeto del registro expuesto en el artículo 2637 del C. C., es inaceptable el rechazo de esa prueba por no estar inscrita la sentencia, tratándose aquí de las mismas personas exactamente entre las cuales se ventiló el pleito entonces fallado. Se comprende el requisito y su exigencia para con terceros o, más ceñidamente, ante personas, una que fuese, distintas de las que litigaron en esa causa. Se comprendería también si esa sentencia hubiera determinado alguna mutación. Claro es que si, por ejemplo, la demanda hubiera prosperado, las ordenaciones que a esto habrían correspondido habrían tenido que registrarse; pero, como se vio ya, habiendo sido absolutoria, las cosas quedaron como estaban, tal como si el pleito ni siquiera se hubiera incoado, y en esto se encuentra un motivo más para no echar menos el registro.

De otro lado, el registro es formalidad extrínseca y no es de él de donde se deriva el imperio de la sentencia, la que de suyo tiene toda su fuerza sobre las partes.

Estas consideraciones tienen respaldo en varios fallos de esta Sala. Son de citarse los siguientes:

En sentencia de 17 de marzo de 1938 (G. J. Tomo XLVI, pág. 253) dijo: "Una sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para lo futuro, sin que para esa determinación sea necesaria la formalidad del registro, que mira en ocasiones como ésta más a los terceros que a las partes que han litigado en el juicio. El registro de una sentencia es el requisito complementario posterior; pero sin que este requisito modifique, aclare, ni menos desvirtúe la situación que entre las partes determina el fallo".

En sentencia de 15 de febrero de 1940 (G. J. Tomo XLIX, págs. 102 y 103) dijo: "El objeto del registro establecido por la ley para las sentencias definitiavs y ejecutoriadas recaídas en negocios civiles, que no causan traslación o mutación en la propiedad de bienes raíces, no puede ser otro, de acuerdo con la disposición legal que lo determina (C. C. artículo 2637), que el fin estrictamente probatorio de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad al fallo, haciendo intervenir en su guarda mayor número de funcionarios, precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos existiera solamente en la oficina judicial en que fueron proferidos; pero en ninguna forma se vincula esta finalidad del registro con la validez y mérito de las sentencias mismas que tienen y conservan su valor propio y su imperio independientemente del hecho o formalidad de la inscripción, destinada, como se ha recordado, a un objeto meramente conservatorio. Los efectos y consecuencias que jurídicamente corresponden a una sentencia judicial de la especie de que se trata no se condicionan con su registro, y se producen plenamente entre las partes que controvirtieron en el juicio en que fue dictada sin más requisitos que su ejecutoria en la forma legal. Para que se surtan los efectos que la ley adscribe a la cosa juzgada, en otro juicio, de hacer absolutamente nula cualquiera decisión posterior que le sea contraria, no se necesita esencialmente sino una sentencia firme dada en materia contenciosa y en juicio en que se reuna la triple identidad del objeto, las causas fundamentales y la identidad jurídica entre las personas de los litigantes".

En sentencia de 14 de diciembre de 1939 (G. J. Tomo XLIX), pág. 163) la Sala de Negocios Generales opina del mismo modo y transcribe los conceptos ya transcritos aquí de la citada sentencia de 1938.

Transcribe también los siguientes párrafos de la Sala Civil de Unica Instancia de 30 de marzo de 1939, (G. J. Tomo XLVIII, pág. 212) que dice: el demandante "no podía exhumar una cuestión definitivamente sentenciada; en estas circunstancias, una excepción le cerró las puertas para una nueva solicitud. Es acaso una presunción de verdad como lo decanta el aforismo clásico? Quizá sea mejor pensar que se trata de algo relacionado con el orden público y social, interesado en que los litigios no se renueven incesantemente sin orden y sin pauta. Cierto es que los fallos absolutorios no confieren derechos a las partes, pero sí valen para la fundación de la cosa juzgada.

"Diríase que aparece de autos un reparo contra la sentencia que figura en copia en el expediente, y consiste en que tal providencia se trajo al juicio sin la constancia del registro. Sabido es que de acuerdo con los artículos 2652 y 2653 del C. C. las sentencias definitivas deben registrarse para producir algún resultado en los juicios.

"La ley no ha sancionado con nulidad el instru-

mento público no registrado; apenas lo inhabilita en la forma que se ha expresado. Además, el registro es formalidad posterior al fallo y es susceptible de cumplirse en cualquier tiempo.

"Fuera de esto, el artículo 2674 del antecitado Código dice: "Ningún título sujeto a registro surte efectos legales respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro", lo que está patentizando que entre las partes sí los surte".

Todo esto indica que el cargo relativo al registro es justificado; pero de ahí no se deriva la invalidación de la sentencia, porque permanece en pie lo que como principal de sus soportes ella pone de presente, cuál es la falta de identidad de la **causa petendi** en los dos juicios que hoy se confrontan: el presente y el decidido en el fallo que los demandados aducen para fundar su excepción.

Relacionando entre sí, como precisamente ha de hacerse, los artículos 1546 y 1609 del C. C., en un contrato bilateral la parte que se halla en mora en cumplir lo de su cargo tiene sobre sí la opción de la otra parte para insistir en el contrato o desistir, esto es, para exigir su cumplimiento o demandar su resolución. En especial estas acciones las consagra ese Código para la compraventa en sus artículos 1930 y 1882, aplicables a la permuta, según el 1958.

Considerando que la acción resolutoria corresponde al incumplimiento, pudiera a primera vista pensarse rígidamente que, cualquiera que sea la senda o motivo por donde a éste se ha llegado, lo demandado y decidido, en su caso, es la resolución y que, por tanto, no es aceptable nueva demanda resolutoria por motivo diferente. Pero esta rigidez de concepto conduciría a la grave injusticia, o podría conducir, de que se tuviese por juzgado lo que no se ha discutido. De ahí la exigencia de identidad de **ratio petendi** para que se produzca la cosa juzgada.

Nuestra ley la exige expresamente al requerir que "la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes" (C. J. artículo 474). Los comentadores suelen reducir estos tres elementos a dos, juntando los dos primeros con el nombre de identidad de la cuestión. Para que ésta exista y con ella la excepción de cosa juzgada, dice por ejemplo el expositor Coviello, "No basta que el objeto de la nueva demanda sea idéntico al de la anterior, sino que es preciso, además, que se pida el mismo objeto por la misma causa. Por causa debemos entender el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión; de aquí que se distinga netamente de la acción, porque de un solo y mismo hecho jurídico pueden derivar varias acciones, como de la compraventa la **actio redibitoria** y la **quanti minoris**; que se distinga también de los motivos o razones, así de hecho como de derecho, aducidos para justificar la demanda; de los medios de prueba que pueden ser varios respecto al mismo hecho jurídico y, finalmente, del objeto práctico o motivo psicológico que induce a entablar determinado juicio. Poco importa, pues, que la acción que se ejercita sea diversa de la anteriormente acogida o rechazada por la sentencia, que sean diversos los motivos invocados para justificar la nueva demanda, que se invoquen nuevos medios de prueba o que sea diferente el fin práctico de la demanda; la excepción existe cuando, no obstante tales diferencias, el fundamento jurídico de la pretensión es el mismo.

"El hecho jurídico es el mismo cuando en el nuevo juicio se invoca el mismo hecho específico ya invocado en el anterior, y no cuando, como algunos lo han pretendido, se invoca un hecho que entra en la misma categoría o género próximo a que pertenece el que antes se hizo valer. Así, no habrá identidad de causa cuando aquél que en un juicio de reivindicación ha sucumbido por no haber demostrado la existencia de la donación, como fundamento jurídico de su propiedad, intenta un nuevo juicio con el mismo objeto, si bien alegando una compraventa, un legado, etc. Así también, si en un juicio de nulidad de un contrato por error sucumbe el demandante, podrá demandar de nuevo la nulidad por otro vicio de consentimiento, como violencia o dolo..."

Iguales comentarios se encuentran en la obra del profesor W Kisch "Elementos de Derecho Procesal Civil" que, al estudiar en sus distintas fases el tema de que aquí se está hablando, (**Rechtskraft des Urteils**), se detiene en las diferencias a que se ha aludido, en la forma antedicha, respecto del hecho jurídico y, con él, de la causa para saber si hay o no identidad en ella entre las dos demandas que ocurre cotejar cuandoquiera que se presenta el problema de la cosa juzgada.

Al hacer esta confrontación en el presente caso se encuentra que efectivamente ocurre la falta de identidad de causa en que el Tribunal se basó principalmente para desechar la excepción. En el pleito anterior el hecho jurídico fundamental y puesto en discusión por la demanda, en la acción subsidiaria, que es la concerniente a este problema, fue la cabida, en razón de ser de sesenta hectáreas la declarada y sólo de seis o menos la real, y la disposición pertinente entre las invocadas en el libelo como fuente de derecho, fue el artículo 1888 del C. C. En el pleito de ahora, si se habla de la cabida,

es sólo incidentalmente para realzar los agravios de que la actora se queja; pero el hecho jurídico fundamental es la falta de entrega material de Bellavista, y las disposiciones invocadas en el libelo en apoyo del derecho son las atinentes a la entrega, entre ellas el artículo 1882 de esa obra.

Esta entrega material no constituyó el tema de la demanda, ni de probanzas ni, por ende, del fallo de ese litigio anterior. Mal podría entenderse, pues, que entonces esa cuestión fuera discutida y quedara decidida.

Por más que la deficiencia en la cabida, en llegando a la magnitud de que habla el artículo 1888 **in fine**, dé base al desistimiento, esto es, a la resolución del contrato, no puede desconocerse que allí se reglamenta lo tocante a cabida en una forma especial diferente de como el artículo 1882 reglamenta la resolución nacida de la falta de entrega. A mayor abundamiento es de recordarse que el artículo 1889 recalca sobre la diferencia entre la venta con relación a la cabida y la venta como cuerpo cierto.

Siendo distintas las dos acciones ejercitadas respectivamente en los dos pleitos, siendo distintos los respectivos hechos jurídicos ,salta a la vista la diferencia de **ratio petendi** entre los dos, lo que vale como decir que el fallo favorable a los demandados de entonces, que son los mismos de hoy, no produce el efecto de librarlos de la acción de ahora, contra la cual excepcionan de cosa juzgada, invocando aquella sentencia.

Reclama el recurrente porque la escritura de permuta que obra en autos no aparece registrada en Ibagué como corresponde a la ubicación de El Congolito y acusa de quebranto del artículo 2653, por una parte, en cuanto así se admitió esa prueba, y de los artículos 1546, 1880 y 765 del mismo, en cuanto dejó de tomarse en consideración la falta de cumplimiento de esta obligación de la señorita Galarza como permutante, hoy demandante.

Varios razones hacen inadmisible este cargo. Basta poner de presente que, celebrada la permuta el 30 de mayo de 1936, Félix Antonio transfirió su parte de El Congolito a Alfonso el 2 de diciembre del mismo año y que éste transfirió toda la finca el 5 de mayo de 1937 a la señora Rosa Santofimio de Celis, todo lo cual implica que la permuta se registró, lo que, por otra parte, es un hecho acreditado con la certificación del Registrador que obra en autos. Si ambos Santofimios permutantes procedieron a enajenar lo que la permuta les transfirió, no pueden válidamente reclamar en aquella forma, máxime si en las instancias no se ha discutido sobre el perfeccionamiento de la permuta ni, por tanto, sobre el lleno de las solemnidades que ese perfeccionamiento supone.

Acusa el recurrente de indebida aplicación de los artículos 1880 y 1882 del C. C. y sus concordantes, porque el Tribunal parte de la base de la falta de entrega de Bellavista y, al decir de aquél, esa entrega no falta, tanto porque se registró debidamente en lo que hace a esa finca la escritura de permuta, cuanto porque la orden de Félix Antonio a su mayordomo o encargado Molina fue aceptada como suficiente por la señorita Galarza, y agrega que lo que ha habido es que ella, al saber lo antedicho sobre cabida, se negó a recibir.

Inadmisible también este cargo, entre otras razones por la decisiva de no estar infirmada la apreciación de pruebas hecha por el Tribunal respecto de que la entrega material faltó, puesto que, mientras esté en pie esta situación probatoria, se impone deducir de ella lo que aquellas disposiciones legales indican como consecuencia de esa falta.

En suma: la permutante Galarza demanda la resolución de la permuta por no habérsele entregado la finca que en virtud de ésta adquirió, y como eefctivamente no aparece hecha la entrega, no puede invalidarse la sentencia del Tribunal que decretó la resolución demandada con la consecuencial indemnización de perjuicios.

Como ya se dijo, a quien representa el abogado recurrente es al demandado Alfonso Santofimio, que fue quien interpuso casación. Para fundar el recurso ataca la sentencia en la forma ya analizada aquí y, además, en lo atañedero a su mandante, por incluírlo el fallo del Tribunal en la condenación a indemnizar perjuicios, acerca de lo cual el apoderado adiverte que si, a pesar de sus cargos contra la sentencia en general, ella ha de quedar en pie por su decreto de resolución y por esa condena, yerra al menos al no limitar ésta a Félix Antonio Santofimio, que fue tradente único de lo que la permuta dio a la señorita Galarza. De ahí deriva el cargo de quebranto de los artículos 1502, 1524, 1548, 1955, 1605 y 1608 del C. C.

Este cargo prospera. La señorita Galarza transfirió a ambos Santofimios El Congolito; pero lo que recibió en cambio se lo transfirió exclusivamente Félix Antonio; de manera que si Alfonso figura como adquirente en parte de aquella finca, no fue tradente de Bellavista. Y de lo que se trata en este litigio, no es de El Congolito, sino de la falta de entrega de Bellavista, transferida, repítese, por Félix Antonio y no por Alfonso.

Por consiguiente, si la base y razón del pleito y de la sentencia es la falta de entrega y esta obligación corresponde al tradente, es claro que la indem-

nización concomitante no puede pesar sino sobre Félix Antonio, que es el obligado.

Lo estudiado aquí sobre la resolución de la permuta hace ver que debe mantenerse la sentencia que la decretó; la condenación a indemnizar perjuicios es su consecuencia; sobre ésta en sí nada cabe observar en fuerza de lo dicho y de la circunstancia de no haber recurrido contra aquélla el demandado Félix Antonio; pero en cuanto la condena se extiende a Alfonso, aquélla debe invalidarse por no ser de cargo suyo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el quince de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, absolviendo a Alfonso Santofimio de una condena que ella pronuncia en el numeral segundo de su parte resolutiva a indemnizar perjuicios a la demandante y dejando esa indemnización íntegramente de cargo de Félix Antonio Santofimio. En todo lo demás ese fallo queda vigente.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda— Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo— Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Secretario.

NOCION DE CASO FORTUITO

La noción de caso fortuito o fuerza mayor está literalmente consagrada y, en ocasiones, repetida en diversas disposiciones del Código Civil; sin embargo, aun cuando su función está nítidamente definida en dichos textos no hay nada, empero, con respecto a su naturaleza específica. Se ha considerado como indicativo de la circunstancia de caso fortuito y fuerza mayor la presencia de una causa extraña que no se nos pueda imputar. Un acontecimiento determinado no constituye fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, un caso fortuito o fuerza mayor. Es necesario en cada caso estudiar las circunstancias que mediaron o rodearon el hecho. Para que exista el poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de falta del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable. El código habla de causa extraña que no pueda ser imputada al obligado o comprometido. Pero esto no quiere decir que la ausencia de falta sea el equivalente del caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista liberatorio en todos los casos y, en especial, en lo referente a la irresponsabilidad del deudor. Para radicar la responsabilidad es necesario establecer que un perjuicio es causado por una determinada culpa, porque sin esa relación de causalidad no habría lugar a la indemnización correspondiente. El caso fortuito o la fuerza mayor excluyen la responsabilidad por falta de la relación de causalidad entre la culpa y el daño. La consecuencia de la prueba del caso fortuito es la negación de la responsabilidad del agente. Para que exista el caso fortuito o la fuerza mayor es necesario que el acontecimiento sea imprevisible, es decir, que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad y que no se pueda resistir. (Artículo 1º Ley 95 de 1890). Pero la obligación de previsión del deudor comprende en relación con la ocurrencia del caso fortuito lo que está, dice Demogue, meramente dentro de los límites del suceso bastante probable, en el normal desarrollo de los hechos. Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay por qué prever lo que es excepcional.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El día 13 de mayo de 1937, regresaba el señor Sergio Alguero de su trabajo a la población de Ciénaga, en el Departamento del Magdalena, a eso del anochecer, por el llamado camino del Río, que conduce del lugar mencionado a las orillas del río Córdoba. En momentos en que pasaba frente a unos cultivos de cocoteros y debido a una fuerte brisa, se desarraigó uno de los árboles, el cual cayó sobre los cables conductores de la energía eléctrica, pertenecientes a la Compañía Colombiana de Electricidad, rompiéndolos. Los cables, a su vez, dieron sobre Alguero, ocasionándole la muerte por electrocución.

Este acontecimiento dio lugar a que la hija natural de Alguero, de nombre Eulogia, demandara a la Compañía citada, ante el Juzgado Segundo del Circuito de San Juan de Córdoba o Ciénaga, para que se le indemnizaran los perjuicios morales que se le causaron con la muerte de su padre, por culpa de la mencionada empresa, perjuicios que estimó en la cuantía de veinte mil pesos ($ 20.000).

La entidad demandada negó los hechos, expresando no conocerlos. Aceptó lo relativo a la fuerte brisa que ocasionó la ruptura de los hilos conductores y alegó el caso fortuito y la fuerza mayor. A la vez, presentó las excepciones de falta de derecho para pedir e inexistencia de la obligación demandada.

Sentencia

El Juez de primera instancia desató la controversia condenando a la Compañía, no sólo al pago de

los perjuicios morales exigidos, sino también a cubrir los referentes a daños materiales que no habían sido demandados.

El Tribunal Superior de Santa Marta, revocó tal sentencia y absolvió a los demandados de los cargos propuestos.

El recurso

Contra la providencia del Tribunal interpuso en tiempo la demandante Alguero recurso de casación el cual sustanciado en forma legal pasa a ser decidido por la Corte.

Cargo primero.—Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J., la demandante Alguero, acusa la sentencia por violación de los artículos 1604, 2341 y 2356 del C. C.; del artículo 1º de la ley 95 de 1890 y del artículo 697 del C. J., por error de hecho manifiesto y error de derecho en la apreciación de las pruebas. Sostiene el recurrente en su demanda de casación, que el Tribunal, al estimar probado el caso fortuito "por cuanto no se había registrado con anterioridad a la ocurrencia del mismo caídas de palmas en aquella región, incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios rendidos por los señores Alfonso Gutiérrez y Pedro M. Calero: tales declaraciones, dice la demanda, se limitan a exponer: la de Gutiérrez, "que no sabe, ni ha conocido antes del suceso caídas de palmas", y la de Calero, "que no ha visto caer palmas de coco". Esto no significa, concluye la recurrente, que las palmas no hubieran caído antes del suceso.

Afirma igualmente la demandante, que al aceptar como prueba de hechos positivos, lo que simplemente son afirmaciones sobre la falta de conocimiento de los testigos sobre determinadas circunstancias, como fueron la caída de palmas de coco con anterioridad a la muerte de Alguero y los vientos que pudieron en épocas anteriores haber azotado la región, llevó al Tribunal a dar por establecida la fuerza mayor y el caso fortuito, violando por tal causa el artículo 1º de la ley 95 de 1890, "que exige en cuanto al caso fortuito que sea, además de irresistible, imprevisto, pues no puede tenerse como tal, aquel suceso que no se ha probado que nunca haya sucesido, siendo como es la carga de la prueba del que alega el caso fortuito". Que estos errores condujeron al Tribunal a violar los artículos 2341 y 2356 del C. C. Que en el caso de autos hubo culpa o negligencia culpable de la entidad demandada.

La Corte considera:

El Tribunal hizo un estudio muy detallado de la prueba presentada durante el proceso, no solamente de los testimonios rendidos, sino que practicó una inspección ocular en el lugar de los acontecimentos.

Del relato de los testigos se deduce que no existió antecedente alguno que justificara la caída de las palmas de coco situadas a inmediaciones de las líneas de trasmisión, ni motivo, por consiguiente, que impusiera a la empresa demandada el cuidado de precaverse contra un peligro que nunca había existido. Bastaría para demostrar lo infundado del cargo, trascribir lo que exponen los mencionados declarantes. Alfonso Gutiérrez dice que "hace cinco años que transita el camino donde ocurrió la tragedia" y más adelante expresa al ser repreguntado: "el testigo no sabe, ni ha conocido antes del suceso caídas de palmas por concepto o a consecuencia de vientos, durante el tiempo que hace que frecuenta estos lugares"; y agrega: "me consta que la Compañía de Energía Eléctrica tiene tendidas redes de energía por este sitio desde hace más o menos diez años".

El testigo Calero relata haber presenciado el fuerte viento el día del acontecimiento, que pudo no sólo haber derrumbado la palma que ocasionó el accidente, sino muchas más. Dice que en más de 18 años que conoce el sitio donde se desarrollaron los acontecimientos, no había visto otro igual en fuerza y violencia.

Para la Corte no existe error de hecho en la apreciación de la prueba. No se trata de la demostración de hechos negativos, sino de los hechos positivos consistentes en que viviendo los testigos en la región, siendo conocedores de ella, presenciaron el fuerte viento que ocasionó la caída de las palmas de coco y el corespondiente daño en las líneas, que a su vez causaron la muerte del señor Alguero. Vecinos del lugar en que sucedió el accidente, los testigos traídos al proceso, estaban en capacidad de declarar que en más de veinte años que frecuentaban la región, no se había presentado allí una tan fuerte corriente de aire, ni de tal magnitud, que produjera el desarraigamiento de árboles y que en más de diez años que tenían de instaladas las líneas de conducción eléctrica, no se había presentado desprendimiento de cables por tal causa.

Cargo segundo.—Afirma el recurrente que existe un error manifiesto de hecho al aceptar que si anteriormente no se había registrado el caso de que los fuertes vientos desprendieran las palmas de coco y que éstas hubieran roto las líneas de conducción, el accidente del 13 de mayo de 1937, no podía tomarse como un caso fortuito, pues un suceso, aun cuando en otra época no se hubiese presentado, puede ser previsible, cuando, como acontece con el siniestro que causó la muerte del señor Alguero,

habían ocurrido por lo menos las causas que en un momento dado podían producirlo.

Sostiene que demostrado el hecho, con numerosos testigos, de los fuertes vientos que azotan con frecuencia la región, la presencia de las palmas a inmediaciones de la vía pública y cerca de las líneas de conducción de la corriente eléctrica, era previsible el hecho y, por lo mismo, no cabe alegar, ni menos aceptar el caso fortuito. Señala como violados por esta razón los artículos 1704, 2341 y 2356 del C. C. y el artículo 1º de la ley 95 de 1890.

La Corte considera:

La noción de caso fortuito o fuerza mayor está literalmente consagrada y, en ocasiones, repetida en diversas disposiciones del C. C.; sin embargo, aun cuando su función está nítidamente definida en dichos textos, no hay nada, empero, con respecto a su naturaleza específica. Se ha considerado como indicativo de la circunstancia de caso fortuito y fuerza mayor, la presencia de una causa extraña que no se nos pueda imputar. Un acontecimiento determinado, no constituye fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, un caso fortuito o fuerza mayor. Es necesario en cada caso estudiar las circunstancias que mediaron o rodearon el hecho.

Para que exista el poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de falta del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable. El código habla de causa extraña que no pueda ser imputada al obligado o comprometido.

Pero esto no quiere decir que la ausencia de falta sea el equivalente del caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista del efecto liberatorio en todos los casos y en especial, en lo referente a la irresponsabilidad del deudor.

Según Bonnecase, "se entiende por caso fortuito o fuerza mayor una variedad de hecho jurídico de orden legal, material o puramente humano dependiente más particularmente del derecho de las obligaciones y que impide, ya sea la ejecución, ya el nacimiento de una obligación, debido a la imposibilidad absoluta en la cual se encuentra, sin su falta, el deudor o quien se pretende tal, de triunfar sobre el poder del acontecimiento constitutivo de tal hecho jurídico". (J. Bonnecase. Droit Civil. Tomo II. Página 344).

Para radicar la responsabilidad es necesario establecer que un perjuicio es causado por una determinada culpa, porque sin esa relación de causalidad no habría lugar a la indemnización correspondiente.

"Es un principio cierto que la responsabilidad civil supone una relación directa de causa a efecto, entre el perjuicio alegado y el hecho ilícito imputado al responsable. Los términos mismos del artículo 1382 del C. C., justifican este principio. Este texto exige en efecto que el hecho cause el daño". (Henri Lalou.—La responsabilite Civil).

El caso fortuito o la fuerza mayor excluyen la responsabilidad por falta de la relación de causalidad entre la culpa y el daño. La consecuencia de la prueba del caso fortuito es la negación de la responsabilidad del agente.

Para que exista el caso fortuito o fuerza mayor es necesario que el acontecimiento sea imprevisible, es decir, que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad y que no se pueda resistir (Artículo 1º de la ley 95 de 1890).

Pero la obligación de previsión del deudor comprende en relación con la ocurrencia del caso fortuito lo que está, dice Demogue, meramente dentro de los límites del suceso bastante probable, en el normal desarrollo de los hechos.

Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay por qué prever lo que es excepcional.

Si las fuertes brisas, es decir, la extraordinaria corriente de aire de que hablan los testigos que fue la causa del daño en los cables de conducción de la energía eléctrica que dieron muerte a Alguero, no se habían observado en tal magnitud en muchos años; si las líneas tenían más de diez años de tendidas y hechos de tal naturaleza no se habían presentado hasta entonces; si se trataba, en consecuencia, de un hecho excepcional por su gravedad, irresistible por esencia, la Corte debe considerar que está ajustada a los hechos y al derecho la apreciación que hizo el Tribunal con respecto a la prueba del caso fortuito, que fue la causa determinante de la muerte del padre de la demandante, sin que se pudiera pensar en faltas de previsión de la Compañía demandada.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, 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 origen.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

DELITOS DE INTERVENCION EN LA POLITICA

I. — Las actividades de los funcionarios judiciales que desempeñan el cargo de miembros de los Concejos Municipales no constituyen delito de intervención en política cuando tales actividades se dirigen a la defensa de los bienes del respectivo municipio.

II. — Hay, no obstante lo anterior, una evidente incompatibilidad ética entre las actividades del funcionario judicial y las de concejal desempeñadas por una misma persona, ya que en ocasiones el último puede verse complicado dentro de las mencionadas Corporaciones en debates de carácter político con apariencias de administrativo.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Francisco Bruno)

VISTOS:

Cumplidas las normas de los artículos 294 y 295 del Código de Procedimiento Penal, y realizada la investigación del cargo que algunos ciudadanos de Puerto Tejada (Cauca), hicieron al Magistrado del Tribunal de Popayán doctor Justo Velasco, y también al Juez del Circuito Civil de Puerto Tejada, doctor Aristides Zapata, y a otros funcionarios del mismo Municipio, y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, procede la Corte a calificar el mérito de este sumario.

Esta investigación fue iniciada a solicitud de la Procuraduría, y en virtud del telegrama que el 9 de agosto de 1943 le dirigieron los señores Alejandro Peña, Juan de Dios Mejía, Dionicio Vásquez, Manuel María Villegas, Rafael Cortés Vargas, Alejandro Valencia, Gustavo González Lerma, Poliparpo Carabalí y Vicente Villegas, vecinos de Puerto Tejada, telegrama cuyo contenido es el siguiente:

"Ayer dictó conferencia política en plaza pública Justo Velasco, Magistrado Tribunal Superior Popayán. Animado ejemplo su superior, Aristides Zapata, Juez Circuito ésta imitólo dictando escandalosa conferencia. Conforme relación telegrama anterior, veterinario, personero, jefe estadística, maestro escuela, continúan entregados política electoral. Ciudadanía hállase alarmada por flagrante forma violación ley hacen quienes están encargados aplicarla. Encarecémosle averiguar hechos denunciados e intervenir antes sucedan acontecimientos están provocando empleados públicos".

La Corte comisionó al Prefecto Judicial de Bogotá para que instruyera el respectivo sumario, funcionario que, a su vez, delegó la comisión en el Juez 69 de Instrucción Criminal, doctor Mario Suárez Paz, quien de Corinto se trasladó a Puerto Tejada.

Cumplida la comisión, se solicitó del Procurador Delegado conceptuara sobre la calificación del sumario, quien pidió se dictara auto de proceder contra el Magistrado doctor Velasco por intervención en política; posteriormente el mencionado Magistrado, por medio de su apoderado, doctor Eustorgio Sarria, demandó la práctica de algunas pruebas, sin las cuales —según él— no era leglamente posible definir su responsabilidad, a lo cual accedió la Corte; decretadas y allegadas al proceso, el Procurador Delegado, previa afirmación de que la situación jurídica del procesado se había modificado sustancialmente, solicitó se decretara sobreseimiento definitivo en favor del Magistrado doctor Velasco.

La Corte prescinde de considerar las imputaciones hechas al Juez doctor Zapata y a los demás funcionarios del Municipio de Puerto Tejada (Alcalde, Personero, maestro de escuela, jefe de estadística, veterinario, etc.), ya que su juzgamiento corresponde al Tribunal Superior y a otrsa entidades judiciales, de conformidad con los artículos 42, 44 y 47 del Código de Procedimiento Penal, y se circunscribe, en consecuencia, a la hecha al Magistrado doctor Velasco, único de los acusados cuyo juzgamiento corresponde a esta alta entidad judicial.

I. — RESUMEN DE LOS HECHOS

Los señores Peña, Mejía, Vásquez, Villegas, Valencia y Calabalí en la ampliación de su denuncio ante el funcionario instructor afirmaron que el Ma-

gistrado doctor Velasco había dictado conferencias políticas en el debate electoral para la integración del Concejo Municipal de Puerto Tejada, en 1943, publicando escritos políticos, y en unas y otras se había referido a los firmantes y a sus amigos en términos injuriosos, impropios de su jerarquía de Magistrado.

En la vida administrativa de Puerto Tejada —según las pruebas recogidas— venían alternándose dos grupos liberales, dirigidos el uno por el doctor Velasco desde antes de ser Magistrado, y él otro por el señor Alejandro Peña, de los cuales el de Peña había dominado hasta 1941, y el del doctor Velasco hasta 1943, llevando al Gobierno Municipal criterios tan opuestos, que en el debate electoral de aquel año cada grupo lanzó su lista, la una encabezada por el doctor Velasco y la otra por el señor Peña.

Abierto el debate, el doctor Velasco dictó —dicen los denunciantes— una conferencia de carácter político el día 9 de agosto, y otra el día 3 de octubre, después de las elecciones que le dieron el triunfo a su grupo, conferencias en las cuales se expresó—aseguraron aquéllos— en términos insultantes y agresivos, y, además, publicó una hoja suelta con el título de "Las elecciones en Puerto Tejada", el día 7 de julio, y un artículo en el periódico de Cali "El Nuevo Día", edición del 14 de agosto, sobre 'El por qué de la lucha para concejales en Puerto Tejada".

II. — RESULTANDOS:

I. El doctor Velasco escribó en el "Nuevo Día" de Cali, un artículo, en el cual se limitó a analizar las cualidades intelectuales y morales de los candidatos a concejeros de su grupo, y uno de cuyos párrafos más afirmativos es el siguiente:

"A la plancha anterior se opone con el carácter de disidente la que encabeza el señor Alejandro Peña C. Ya hemos sostenido, y reafirmamos el concepto, que no se trata de un desentendimiento político: ni siquiera puede eso llamarse emulación de servicios. Nos enorgullecería que el grupo opositor pudiera mostrarnos en su plancha preparación administrativa, independencia en el vivir, trayectoria de corrección, y el mismo paz y salvo con la justicia y la opinión pública que entregamos nosotros para tener derecho a recibir la comunión del voto popular".

II. El doctor Velasco, en la hoja titulada "Las elecciones en Puerto Tejada", explica la diferencia de los dos criterios, representado por los grupos, así:

"El alegato es de carácter puramente administrativo. Ocurre sobre el particular que en Puerto Tejada se han delineado dos criterios distintos: pertenece el primero a quienes miran la cosa pública municipal con nombres propios, como beneficio de círculo, algo a manera de un árbol frondoso cuyo fresco follaje debe necesariamente amparar del sol calcinador a tirios y troyanos, no a la colectividad entera, naturalmente porque son ellos los consagrados para recibir el beneficio social".

"El segundo criterio —dice el doctor Velasco en otra parte de la hoja— rige a quienes quieren saber y quieren saber que la cosa pública es **res nullius,** precisamente porque pertenece a todos en común; a quienes se han dado cuenta exacta de lo que vale y puede valer el Municipio de Puerto Tejada si la rectoría de sus destinos vive siempre en buenas manos. Es que para éstos la democracia y el ideal de los gobiernos se interpretan desde el punto de vista del método, la pulcritud y la eficacia administrativa".

No negó el doctor Velasco haber sido el autor de los escritos que en parte acaban de transcribirse, y en cuanto a conferencias, dice lo siguiente:

"En una de las veces que viajé de esta ciudad (Popayán) a Puerto Tejada, tuve que hacer uso de la palabra para exponer programas adminstrativos, y me vi forzado a ello, no solamente por mi deseo irreductible de la buena marcha de la administración municipal, sino porque se me había hecho figurar como principal en una plancha de concejales y era mi deber exponer ideas relacionadas con lo que haría, de salir elegido y más aún, tratar de explicar mi actuación como concejal en la administración anterior. Con motivo de las réplicas que me formularon algunos de mis oyentes inconformes, hube de aludir, entre otras cosas, a la necesidad que ha habido de suprimir, sin consideración alguna de amistades y de rangos, las becas de algunos estudiantes a quienes se comprobó con certificados de las respectivas unversidades y colegios, que no habían sabido corresponder a los esfuerzos y aspiraciones del Municipio"

III. Conviene, en seguida, resumir las declaraciones de los denunciantes.

Vicente Villegas no recordó haber firmado el telegrama al Procurador, y aseveró que no tenía cargo que hacer contra empleados por intervención en la política.

Alejandro Valencia tampoco recordó haberlo firmado, pero sí estuvo entre los que se quejaron por la intervención de algunos empleados públicos en el debate, sólo aspiraba a que se pusiera remedio a esa situación y no a que se castigaran. "Y como eso ya pasó —termina— declaro que me abstengo de hacer cargos contra los doctores Velasco y Zapata, por las razones ya expuestas.

Manuel María Villegas afirma que el doctor Ve-

lasco hizo uso de la tribuna en la Casa Municipal para ensalzar a sus conmilitones, la idea que ellos perseguían y para denigrar y afrentar a quienes no pensaban de acuerdo con él, y anota que el doctor Velasco aconsejó no votaran por la lista de Peña, porque éste y los que lo acompañaban habían llevado al Municipio a la bancarrota y tenían cuentas pendientes con la justicia.

Dionicio Vásquez asevera que el doctor Velasco dictó una conferencia, en la cual dijo que había triunfado la corriente honrada contra la bellaquería, y al final explica el declarante que, por causa de su mala memoria y de la pérdida de la misma que una enfermedad le produjo, no recuerda más.

Policarpo Carabalí oyó decir al doctor Velasco, en su última conferencia, que había triunfado la probidad sobre la canalla, y afirma que aquél no tenía otro vocabulario que el del desohonor, la dilapidación de caudales públicos y la calumnia contra el señor Peña y su grupo, y al final, elogia "el ideal científicamente político de don Alejandro Peña".

Juan de Dios Mejía se limita a afirmar que el doctor Justo Velasco y otros empleados tomaron parte en la política activa "de manera descarada".

Alejandro Peña, jefe del grupo adverso y primero de la lista vencida, afirma que el doctor Velasco "dictó en la plaza pública, el domingo a que se refiere el telegrama, una conferencia injuriosa e indigna por tanto desde todo punto de vista, de la Magistratura que ejerce", y en su acusación hace referencia a la forma comedida, prudente y política como un grupo adelantó el debate, frente a la forma ultrajante y procaz que usaron los del grupo velasquista.

IV. Oppuestamente a las afirmaciones de Peña, Carabali, Mejía, Vásquez y Villegas, únicos denunciantes que explicaron y ampliaron el telegrama al Procurador —ya que los otros, Alejandro Valencia y Vicente Villegas no recordaron con precisión haber suscrito el telegrrama y se abstuvieron de hacer cargo alguno contra el doctor Velasco— y ratificaron el cargo hecho al doctor Velasco, declararon ante el funcionario instructor los señores Manuel E. Balanta, Virgilio Velasco y David Alvarez, personas que —parece— no están comprometidas en el debate electoral.

"El doctor Velasco —afirma el primero de ellos— en el año pasado, en esos tiempos de la campaña electoral, brevemente ocupó la tribuna en una ocasión que yo me dí cuenta, en la cual hizo una exposición de las labores de cuando fue concejal en la administración pasada, netamente administrativa, fue en materia de tribuna lo único que yo le oí hablar". En respuesta a una pregunta del funcionario instructor, añadió: "Para mi concepto, públicamente no hizo política, no sé si la hacía reservadamente, porque su labor la ocupaba sólo llevando el apunte de las necesidades de Puerto Tejada, para cuando volviera al Concejo"

"La actitud activa que tuvo el doctor Velasco—declaró Virgilio Velasco—con relación a esa lista se limitó únicamente a darle las gracias al núcleo de ciudadanos que le habían hecho él honor de postularlo para concejero municipal, ofreciéndoles trabajar por los intereses municipales en caso de que saliera elegido. La intervención del doctor Velasco fue corta y en ningún momento, durante la exposición que hizo trató temas políticos, ni combatió ninguna otra lista".

"El no dictó conferencias durante el tiempo de la campaña política —declaró David Alvarez refiriéndose al doctor Velasco— ni estaba presente, él venía unas y otras veces a visitar la familia y a asuntos particulares". Interrogado si había asistido en aquella época a conferencias políticas y quiénes eran los conferencistas, respondió: "Sí oí varias conferencias por ambos lados, que hablaban de los dos grupos a la vez, una a cada lado; de la parte del doctor Justo Velasco oí y vi hablando al doctor Fory, Nicolás Mosquera y dos hijos de él y los Arrecheas; éstos eran los principales que dirigían la corriente del doctor Velasco".

V. El defensor del doctor Velasco, para comprobar la tesis de que la intervención de su defendido en el debate sólo tuvo una finalidad de depuración moral y administrativa, y no carácter político o partidista, allegó lo siguiente:

a) Certificodo del Contralor General del Departamento del Cauca, del 20 de noviembre del año pasado, según el cual, por autos números 506 de 8 de abril de 1943, y 547 de 13 de mayo del mismo año, se fenecieron las cuentas de la Tesorería Municipal de Puerto Tejada, correspondientes a 1937, a cargo del señor Alejandro Peña, con alcance de $ 9.226.71 y $ 5.206.92, respectivamente, finiquitos que estaban pendientes el día que se expidió el certificado, por no haberse fallado los juicios respectivos;

b) Certificado del Presidente del Tribunal Administrativo de Popayán, del 16 de noviembre, del año pasado, según el cual allí cursaron dos juicios acumulados de cuentas contra el señor Alejandro Peña, Tesorero de Puerto Tejada, devueltos al Contralor Departamental el 14 de septiembre de 1943 para que se allegaran los documentos que fundaron los alcances:

c) Copia del Acta de Visita del Inspector Visitador de la Superintendencia de Cooperativas, practicada

a la "Cooperativa Cacaotera Nortecaucana, Limitada", de Puerto Tejada, el 23 de octubre de 1944, en la cual, afirma que las decisiones del Consejo de Administración del cual forman parte los denunciantes Alejandro Peña, Dionisio Vásquez y Vicente Villegas, no han favorecido siempre los intereses de la sociedad, pues los miembros de aquel consejo se han concedido préstamos a sí mismos y a sus parientes, lo que ha creado un ambiente de desconfianza entre los socios;

d) Certificado del Juzgado 1º Superior de Popayán, del 13 de noviembre del año pasado, sobre el sumario contra Alejandro Peña, por tentativa de homicidio, en el cual se dictó sobreseimiento temporal el 28 de junio de 1933; y

e) Certificado del Juzgado 2º Superior de Popayán, del 17 de noviembre del año pasado, sobre dos sumarios acumulados, iniciados en septiembre de 1937, contra Alejandro Peña, por los delitos de falsedad y responsabilidad, y que no han sido aún calificados.

VI. Sobre la vida, actividades y personalidad del doctor Velasco, rindieron testimonio las más destacadas personalidades del Departamento del Cauca, entre ellas cuatro ex-Gobernadores, de corrientes liberales distintas, varios otros altos funcionarios públicos y, además, algunos miembros del conservatismo, todos los cuales concuerdan en el concepto acerca de las actividades, vida y antecedentes del procesado, testimonios que a continuación se transcriben:

a) El ex-Gobernador doctor Adolfo Zambrano, en su certificación jurada del 1º de noviembre del año pasado expuso lo siguiente (215 v.):

"Que conoce personalmente al doctor Justo Velasco A., y le consta que es un hombre excepcionalmente honorable; un Juez imparcial y sereno, y en quien la sociedad puede tener plena confianza; y que, como es conocido de todo el país, el Cauca se ha distinguido por una acendrada pulcritud administrativa y que únicamente en el Municipio de Puerto Tejada se produjeron hechos bochornosos que todos los caucanos miramos como una mancha para nuestras tradiciones de honradez. Un grupo político de Puerto Tejada se apoderó del Municipio y hubo un desfalco de cerca de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) en la Tesorería Municipal. Desde los primeros días de mi Gobierno procuré que el Dr. Justo Velasco emprendiera una campaña de moralización de ese municipio. Hasta donde al suscrito le consta el Dr. Velasco no tuvo otro fin ni propósito en sus intervenciones en el Municipio de Puerto Tejada que el de restablecer la moral administrativa, cosa que se ha logrado a satisfacción de toda la ciudadanía y debido en gran parte al empeño que en esta labor ha puesto el Dr. Velasco A.

b) El ex-Gobernador Dr. José María Lenis, declaró el 14 de noviembre del año pasado (218 v):

"Conozco personalmente al Dr. Justo Velasco A., actual Magistrado del Tribunal Superior de Popayán y por ese conocimiento me consta que es ciudadano honorable, Juez imparcial y sereno y en general persona que ofrece garantías en la administración de justicia". "Es verdad y me consta, como Gobernador que fui del Departamento del Cauca, que el doctor Velasco, en su doble condición de ciudadano y miembro del Concejo Municipal de Puerto Tejada, actuó tratando de depurar la administración de dicho municipio por móviles de conveniencia pública únicamente, considerando que debió prescindir de consideraciones políticas o de partido, y que efectivamente recabó en más de una vez la cooperación de la Gobernación del Departamento para los fines anotados". "Es verdad y me consta que la situación administrativa que se presentaba en el municipio de Puerto Tejada en la época en que desempeñé la Gobernación, era una situación bastante difícil y delicada por la falta de moralidad y seriedad en el manejo de los intereses municipales, que verdaderamente hacía necesaria la intervención de elementos, como la del doctor Velasco, a fin de conjurarla y lograr restablecer la normalidad; considero que tal intervención, en defensa de intereses municipales que, como se dijo, no marchaban bien, no puede tacharse de pugna política y sí como el cumplimiento de un deber ciudadano.

c) El ex-Gobernador Dr. Manuel Caicedo Arroyo, declaró el día 15 de noviembre del mismo año lo siguiente (219):

"Conozco personalmente al doctor Justo Velasco A., quien actualmente desempeña el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, y lo conocí desde que recién graduado de abogado, regresó al Distrito de Puerto Tejada, cuando yo desempeñaba las funciones de secretario de Gobierno del Departamento del Cauca, y entonces por las buenas referencias que del doctor Velasco tuve, le ofrecí, de acuerdo con él señor Gobernador la alcaldía del mencionado municipio, empleo que no quiso aceptar el doctor Velasco por el propósito que entonces abrigaba de emprender una campaña de renovación en el Concejo Municipal y por el deseo que tenía de integrar dicho cuerpo, pues figuraba entre los candidatos para la elección que entonces se acercaba. Me ofreció en esa época su concurso como miembro del Concejo para acabar con ciertas prácticas establecidas en la administra-

ción municipal y encausarla por sendas de absoluta corrección. De ninguna manera puede tacharse la intervención del doctor Velasco como de pugna política, tanto más cuanto que en el Distrito de Puerto Tejada puede decirse que la minoría adversa carece de sufragantes pues su número es insignificante y se trataba entonces de restablecer la normalidad administrativa quebrantada, lo que es un deber ciudadano. Es cuanto tengo que exponer"

d) El ex-Gobernador Dr. Leoncio Chaux declaró el 16 de noviembre del mismo año (219 v):

"Conozco personalmente al doctor Justo Velasco, actual Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, y sé que es un Juez honorable, imparcial, sereno y una persona que en general ofrece garantías en la administración de justicia". "Me consta que el doctor Velasco ha vivido siempre preocupado por la depuración administrativa del Municipio de Puerto Tejada, prescindiendo de consideraciones políticas o de partido".

e) El Sr. Arcenio Velasco Iragorri, Visitador Fiscal del Departamento declaró el 20 de noviembre del año pasado lo siguiente (224 v):

"Conozco de vista, trato y comunicación, desde hace muchos años al doctor Justo Velasco, actual Magistrado del Tribunal Superior, del Distrito Judicial de Popayán, y por ese conocimiento puedo afirmar que el doctor Velasco es persona honorable, Juez imparcial de grandes prendas morales y quien ofrece garantía para la recta administración de justicia". "En mi carácter de visitador fiscal y de rentas del Departamento me tocó en algunas ocasiones practicar visitas a la Tesorería Municipal de Puerto Tejada, en donde encontré anomalías de carácter grave que fueron a dar hasta los estrados de la justicia y de las cuales tuvo conocimiento el Concejo Municipal de Puerto Tejada, estando en ese tiempo el doctor Justo Velasco de Juez del Circuito y a quien recurrí en varias ocasiones en demanda de ayuda, ya que él en su doble carácter de hijo de Puerto Tejada y de ciudadano a quien se le merecía respeto, para que me ayudara a solucionar estos conflictos los cuales necesitaba para su buena marcha del apoyo del doctor Velasco, quien benévolamente se prestó a ello y me ayudó incansablemente hasta lograr que se purificara este estado de cosas, sin haber mediado para ello por parte del tan nombrado Velasco, ni interés partidarista, ni odios personales sino guiado únicamente por amro a su tierra y en mira de conseguir que no se siguiera teniendo a Puerto Tejada como un foco de malversación de los fondos públicos. El doctor Velasco recuerdo mucho que en alguna ocasión cuando hube de pedir su protección me manifestó "que quizá no se fuera a creer que su ayuda para bien del municipio era con el fin de conseguir que e persiguiera a quienes manejaban la cosa pública. El doctor Velasco también le tocó actuar en alguno otro asunto relacionado con un alcance en el tesoro municipal y como concejero municipal no hizo más que ayudar como el que más a esclarecer los hechos y a clarificar esta situación anómala que se venía sucediendo. Nunca advertí en el doctor Velasco interés partidarista de ninguna naturaleza ni mucho menos personal, pues un hombre de las prendas del doctor Velasco, no necesita prenderse de una cosa tan trivial para alcanzar o lograr posiciones que las tiene adquiridas por su ilustración y su hombría de bien". "Agrego que de acuerdo con lo que he dicho anteriormente, y en síntesis la actuación del doctor Velasco, no fue política sino meramente administrativa.

f) El Dr. Daniel Solarte, ex-Secretario de Gobierno y ex-Contralor del Departamento del Cauca, declaró (228):

"Conozco personalmente al doctor Justo Velasco A., actual Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, y por ese conocimiento, personal y directo que de dicho señor tengo, me consta que es un ciudaano honorable, un Juez imparcial y sereno y una persona que, en general, ofrece garantías en la administración de justicia, no sólo por su honorabilidad y corrección, sino también por su inteligencia y consagración al estudio y al trabajo. Como Contralor que fui del Departamento del Cauca, durante dos ocasiones; primero en el año de mil novecientos treinta y nueve, y luego en mil novecientos cuarenta y dos, pude apreciar, de manera directa y personal, que las intervenciones que llevó a cabo el doctor Velasco en la administración pública del municipio de Puerto Tejada, especialmente durante el año de mil novecientos cuarenta y uno, se caracterizaron en todo instante por el afán de restablecer la seriedad y la moralidad en el manejo de los dineros e intereses municipales, sin que existiera de por medio móviles políticos o de partido, sino sólo el deseo de cumplir ineludibles deberes ciudadanos. Como secretario de Gobierno del Departamento del Cauca, durante la administración del Gobernador Enrique Chaux F., me tocó intervenir en forma intensa, en la moralización de las actividades públicas municipales, combatiendo fuertemente las prácticas y sistemas inescrupulosos que usaban entonces respecto a la gestión pública municipal un grupo de ciudadanos que encabezaba el señor Alejandro Peña C., quien por aquella época desempeñaba las funciones de Tesorero Municipal del mencionado Distrito. Los fondos públicos de ese

importante municipio los manejaba el extesorero Peña, con el criterio que se dilapidan los fondos particulares, cuando el titular de ellos no es un ciudadano responsable. La Contraloría Departamental del Cauca en ese entonces a cargo de don Jorge Alonso Iragorri Díez, descubrió graves irregularidades en el manejo de los fondos y bienes públicos de Puerto Tejada, hechos ilícitos éstos que dieron origen a un denuncio criminal contra el Sr. Alejandro Peña, que trajo como consecuencia su detención preventiva por espacio considerable de tiempo. Cuando desempeñé las funciones de Contralor departamental en mil novecientos cuarenta y dos, ordené el estudio de las cuentas de la responsabilidad del señor Peña, y como resultado de él produje un alcance por cuantía mayor de diez mil pesos. Este asunto subió al Tribunal Administrativo del Cauca, y por algunas deficiencias de forma, lo revocó para que se ampliara la investigación, y se resolviera nuevamente sobre el fondo de la cuestión. Tengo entendido que actualmente la Contraloría estudia nuevamente la situación del manejo del señor Peña, para dictar nuevo auto de fenecimiento, el que de seguro, determinará cuantiosa responsabilidad para nuestro actual representante al Congreso, señor Alejandro Peña. Es natural que estas intervenciones del gobierno seccional y de la contraloría departamental, fueron secundadas por el doctor Justo Velasco, como hijo distinguido de Puerto Tejada, en su doble carácter de ciudadano y miembro del Concejo Municipal de dicho Distrito, en el interés de mejorar las prácticas de malversación que se venían empleando en la gestión pública de Puerto Tejada. Su sana intervención, alejada de sentimiento partidista alguno, e inspirada por sentimientos irrenunciables de absoluta pulcritud, fueron creando un ambiente de resistencia para el doctor Justo Velasco, de parte del señor Peña y demás que le secundaban, que trajo como consecuencia debates administrativos, en los cuales ha tenido en todo instante la razón el doctor Velasco. Podría extenderme en muchos otros detalles relacionados con las actuaciones inescrupulosas del grupo que dirige el señor Alejandro Peña, especialmente las de este señor, pero no lo creo indispensable. Concluyo reafirmando, que en mi concepto, y por lo que dejo expuesto, las actuaciones, e intervenciones del doctor Justo Velasco A., en Puerto Tejada, han sido de carácter meramente administrativo y fiscal, alejadas en un todo de móviles políticos, sectarios, y tan sólo inspirados en buscar algo de moralidad en la administración pública de ese rico e importante Distrito Municipal".

g) El ciudadano conservador S. Julio Barona M. declaró el 18 de noviembre del año pasado (223 v):

"Desde la llegada del doctor Justo Velasco A., a esta ciudad de Puerto Tejada, después de muchos años de ausencia, por haber estado dedicado a sus estudios en Bogotá, la ciudadanía de Puerto Tejada, teniendo en cuenta el desbarajuste oficial, principalmente la indelicadeza en el manejo de los dineros públicos, encontró como único medio de salvación la llegada del doctor Justo Velasco A., a Puerto Tejada, para exigirle se pusiera al frente del movimiento político, a fin de moralizar la administración pública; en efecto, desde su principio acompañado por la gran masa de coopartidarios que lo secundaban, logró establecer una nueva administración la cual vino a corregir muchos defectos que ya venían haciendo invivible a Puerto Tejada. Conozco muy de cerca la actitud que ha desarrollado el doctor Velasco A., a favor de este pueblo y por eso puedo afirmar que sólo le ha preocupado el bienestar del mismo pueblo, y la moralidad en la administración pública. El doctor Velasco A., con la confianza que obtuvo, pudo haber escalado grandes posiciones políticas, pero eso no sucedió por cuanto que él sólo se interesó por el bienestar general; ese ha sido siempre su desvelo, y en efecto, hoy las cosas marchan distinto a lo que estuvieron por allá en el año de mil novecientos cuarenta. Por lo expuesto declaro que la pugna que ha existido entre Alejandro Peña y sus seguidores y el doctor Velasco A., y los suyos, no ha mediado por parte de Velasco A., intereses políticos sino puramente administrativos".

h) El ciudadano conservador Sr. Jesús María Orozco, declaró (224):

"Me consta que el doctor Justo Velasco A., en sus empeños ha perseguido solamente, como muchos otros buenos ciudadanos, una correcta administración municipal. Además declaro que la controversia surgida entre Alejandro Peña y sus adeptos y el doctor Justo Velasco A. y los de su corriente, fue de carácter administrativo o político, entendiendo a mi concepto, por política el arte de gobernar o administrar, y no en el sentido partidarista como suele entenderse.

VII.—El Dr. Justo Velasco fue elegido, por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán el día 20 de mayo de 1943, para el período constitucional de 1943 a 1947, se posesionó de su cargo, ante el Gobernador del Cauca, el 8 de junio de 1943, y desde entonces ha ejercido continuamente las funciones de Magistrado del mencionado Tribunal Superior.

VIII.—Las conclusiones de las partes son, en resumen, las siguientes:

a) La del Sr. Procurador Delegado en lo Penal (239):

"Se conoce que la intervención del Magistrado doctor Velasco, lejos de perjudicar a la buena marcha de la administración pública, la benefició enormemente por el hecho de haber consolidado en el Municipio de Puerto Tejada las prácticas correctas que exige la democracia a sus funcionarios y voceros. Esto mismo ha hecho desaparecer el dolo que asiste a todo delito de esta naturaleza. Además, exponer un programa como candidato al Concejo y defenderlo, máxime cuando ese programa es bueno a juicio de todos los ciudadanos, no constituye violación de la ley".

b) La del procesado, según la cual su intervención en el debate para Concejeros Municipales no fue de carácter político, sino únicamente ético-administrativo;

c) La del defensor, según la cual —conforme a Jurisprudencia de la Corte— no constituye violación del artículo 1180 del Código Penal el hecho de exponer un Magistrado de Tribunal Superior el proyecto de programa administrativo que habrá de desarrollar en el puesto que ha aceptado del Concejo de un Municipio, ni es posible hallar incompatibilidad entre la Magistratura y el empleo obligatorio de miembro de un Concejo Municipal, y si no existe incompatibilidad entre la Magistratura y el cargo de Concejal, no puede deducirse lógicamente una responsabilidad penal; lo que la ley reta —dice el defensor del Dr. Velasco— es la actividad electoral o la propaganda de partido, con detrimento de la imparcialidad que debe precidir toda gestión gubernamental, y los Concejos no tienen ninguna misión política y su constitución por el sufragio popular no implica el planteamiento de tesis o debates de esa índole, sino de puntos de vista meramente administrativos. Acorde con lo expuesto —añade el defensor en otra parte— fue la actividad desarrollada por el Magistrado Dr. Velasco: propugnó tesis de moralidad administrativa que le merecieron la malquerencia de sus acusadores, usufructuarios del caos, del desgreño y de la imprebidad en el recaudo y manejo de los fondos públicos de Puerto Tejada. La actividad del Dr. Velasco, relacionada en el proceso fue honesta; trajo incalculables beneficios a un crecido sector social flagelado por la concupiscencia de caciques sin escrúpulo; y si esto es así, como lo es, la noción de delito está descartada; el dolo, con sus integrantes voluntad, intención y fin, no aparece por parte alguna, y en vez del daño que el delito causa, brilla con indeficiente claridad una vasta obra de retribución a la comarca que contribuyó a forjar su enhiesta personalidad.

II — CONSIDERANDOS:

I.—En la clasificación genérica de los delitos contra la Administración Pública, y específica de los de abusos de autoridad y otras infracciones, el nuevo Código Penal (artículo 180 incluyó la intervención de los funcionarios o empleados públicos en los debates de carácter político, sin que la Comisión que elaboró el respectivo proyecto hubiera fijado, extensa o restrictivamente, la noción exacta del debate político penalmente sancionable.

La norma mencionada prohibe y sanciona dos hechos: la participación de directorios políticos, hecho claro y preciso, y la intervención en debates políticos, que es cualquiera otra actividad política que se ejerza, diferente a la propia de las jerarquías directivas, concepto amplio que comprende o puede comprender toda gestión, sea para la organización o sea para la realización de un debate político que, generalmente, persigue fines electorales, y en cumplimiento de las normas impuestas por las entidades directivas.

Cual sea la finalidad ética y el objeto genérico de la tutela penal, en relación con los delitos contra la administración pública, es noción que Manzini resume en la forma siguiente: "Es el interés público concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública en sentido lato, en todo lo que se refiere a la probidad, al desinterés, a la capacidad, a la competencia, a la disciplina, a la lealtad, a la seguridad y al decoro funcionales, y al respeto que se debe a la voluntad del estado en relación a determinados actos o relaciones de la administración pública misma".

En relación con este delito —intervención en debates políticos— el objeto de la tutela penal no puede ser otro sino la garantía de la función judicial en cuanto a su autonomía e independencia y a la necesidad de protegerla contra toda sospecha de parcialidad, y la de apartar a los funcionarios judiciales del riesgo de animadversiones y desconfianzas que desvirtúan el prestigio moral que deba respaldar la totalidad de sus actuaciones; la sanción, además, persigue la expulsión, del organismo jurisdiccional, de aquellos miembros que, con sus actividades políticas, prueban no poseer las condiciones de serenidad y equilibrio espiritual que su misión, por naturaleza, impone y exige.

II.—Es necesario, ahora, examinar si los escritos y conferencias del Magistrado Dr. Velasco, enfrente a la pruebas referidas son suficientes para fundar la existencia legal del dolo, o sea de la voluntad dirigida ál hecho sancionado como delito.

El doctor Velasco afirmó, desde un principio, que su actuación fue dirigida a proteger los bienes del Municipio, del cual era Concejal, contra el riesgo del predominio de administradores que ya, en un período anterior, habían dado muestras de incapacidad y desorden, cargos éstos satisfactoriamente comprobados en el proceso, y de los cuales el denunciante señor Peña y algunos de los de su grupo fueron los responsables. Ello explica el motivo del denuncio, y, además, da a los testimonios de los denunciantes un contenido de sospecha de parcialidad, ya que los actos del Dr. Velasco se dirigían a criticar su actuación anterior respecto a los bienes municipales, y además, estaban inspirados —tales testimonios— en un sentimiento de represalia contra quien, con fines lícitos había recordado los perjuicios que Peña y algunos de sus amigos habían reportado al Municipio en épocas anteriores.

"El denunciador —observa un expositor de derecho probatorio— es un testigo sospechoso. Demasiado sabido es que empleará todos sus esfuerzos en sostener su denuncia y demostrar su sinceridad, y que, por otra parte, se ve obligado a ello por las penas decretadas contra la calumnia".

Los testimonios de los denunciantes señores Carabalí, Mejía, Peña Vásquez y Villegas, analizados en relación con las demás pruebas del proceso —testimonios y documentos auténticos— no tienen el valor necesariamente legal para que las actuaciones del Dr. Velasco pudieran precisar la existencia del dolo.

Hay en ellas, evidentemente, un interés administrativo, no político, vinculado a las funciones de Concejal que ejercía en agosto de 1943, y si pudieron haber tenido un aparente carácter político, por la naturaleza del debate, tal carácter fue desvirtuado mediante las múltiples pruebas traídas al proceso.

Pero esta conclusión no puede ni debe interpretarse en el sentido de que la intervención de los funcionarios judiciales, en las corporaciones municipales y en las controversias que preceden a su integración, no traiga un perjuicio notable al prestigio y al decoro de la función de la Justicia, que siempre debe estar protegida contra toda sospecha. ni de que no exista una evidente incompatibilidad ética entre las actividades de Concejal y de Juez o Magistrado, ya que, comúnmente, los funcionarios judiciales, en función de Concejales, se ven complicados en debates en que el interés administrativo se confunde con el interés político, en detrimento de la autoridad y prestigio de los primeros, y que es el caso —muy lamentable por cierto— del Dr. Velasco.

El motivo determinante de la actuación del Dr. Velasco, en consecuencia, si en el fondo infringe normas universales de ética judicial, no es suficiente para configurar el delito que los denunciantes le han imputado.

El fallo

Está, pues, demostrado lo siguiente:

a) Que el Dr. Velasco, en su carácter de miembro del Concejo Municipal de Puerto Tejada, y siendo Magistrado del Tribunal de Popayán, dictó algunas conferencias, publicó dos escritos, en la época que precedió a las elecciones de 1943 para Concejales de dicho Municipio;

b) Que el objeto de tales conferencias y escritos se inspiró en el ánimo de que los bienes de aquel Municipio continuaran siendo manejados con criterio de eficiencia y pulcritud, en contra del que habían adoptado, en períodos precedentes, algunos de sus denunciantes, candidatos en 1943 al Concejo de Puerto Tejada;

c) Que los hechos ejecutados por el Dr. Velasco, si en verdad, se oponen a los principios de la ética judicial, no son constitutorios del delito de intervención en debates de carácter político, y

d) Que, no siéndolo, es el caso de dar aplicación al artículo 437 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, y en atención a la solicitud del Procurador Delegado en lo Penal, **sobresée definitivamente** en favor del Dr. Justo Velasco, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, por los cargos que dieron origen a la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y envíese a la autoridad competente para conocer de los cargos contra otros funcionarios.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R.—Secretario.

AUTO QUE DECLARA CERRADA LA INVESTIGACION EN EL PROCESO

El auto que declara cerrada la investigación debe notificarse al procesado para que pueda producir efectos. Mientras no se haya hecho la notificación el auto no los produce.

(La presente providencia se publica sin nombres propios por hacer parte de un sumario).

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez A.)

VISTOS:

El apoderado defensor del procesado ha pedido que se declare, en el presente negocio, la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto que declaró cerrada la investigación.

El señor defensor apoya su solicitud en las siguientes razones: a) que al procesado no se le hizo notificación de dicho auto ni personalmente ni por estado; b) que por lo mismo, para el procesado no han corrido términos y, de consiguiente, podría pedir reposición del auto que cerró la investigación para allegar pruebas importantes; y, c) que "la notificación del auto que cierra la investigación es de trascendental importancia para el procesado, pues es precisamente la última oportunidad que tiene dentro del sumario para producir pruebas tendientes a establecer las circunstancias que le son favorables bien para destruir el hecho o para justificarlo".

La solicitud del memorialista plantea la cuestión de sí, efectivamente, el hecho de no notificarse al procesado el auto que cierra la investigación entraña una nulidad del procedimiento en la etapa del sumario, nulidad expresada claramente por nuestra ley procedimental y si aún en el caso de que esa nulidad no esté planteada taxativamente en el Código, haya motivo legal en el presente negocio para declararla.

La Sala observa:

Por el sentido técnico de la actuación procesal dentro de la etapa del sumario, ninguno de los autos de trámite que la componen causa ejecutoria. Esto significa que el Juez investigador puede en cualquier momento reponer sus decisiones, según el giro que vaya tomando la instrucción del sumario, cuyo sentido de información, debe ser ampliamente basado en una fácil movilidad procedimental.

Quiso el legislador colombiano que expidió la ley 94 de 1938 erigir una nueva modalidad en el proceso que consiste en la providencia denominada "auto de cierre de la investigación" y en virtud de la cual se concluye la primera parte del proceso penal. Ese auto, según el artículo 421 del C. de P. P., es dictado por el juez del conocimiento, no por el funcionario de instrucción, para los casos en que aquél, previo un cuidadoso estudio, encuentre que la investigación está completa.

No existía en el anterior régimen procesal penal esa institución y sin ella fue posible administrar justicia en forma normal. Sin embargo, dada la novedad que plantea el caso en nuestra Ley, es preciso desentrañar el significado de que deba atribuírse a esta innovación, pues, es de presumir que, si se tratara de algo inútil e innecesario, inútil e innecesario hubiera resultado también el formular la correspondiente norma. Siendo la ley una institución de progreso, ha de resultar factible una interpretación, un modo de concebir el fenómeno en forma tal que le dé vida y que la actualice confiriéndole una razonable aplicabilidad dentro de esa concepción. Providencia sui-géneris es ésta que declara cerrada la investigación y que la ley deja a la discreción del juez de la causa y no del funcionario de instrucción, queriendo significar seguramente que la misión del juez instructor está subordinada al criterio o juicio que prudencialmente determina cuándo debe cerrarse o no una investigación.

El sumario debe declararse concluído por el juez de la causa, como ya se ha dicho, cuando a su buen juicio encuentre que esté completo. Surge, entonces, la siguiente pregunta: ¿Cuándo debe estimarse completa una investigación? La respuesta es clara: lo estará cuando se encuentren cumplidos los objetivos del sumario que son: a) el descubrimiento del hecho; b) el descubrimiento de los autores o partícipes; c) la comprobación del cuerpo del delito; d) la investigación sobre la personalidad del procesado, y e) la comprobación de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

Si el juez de la causa descubre que la investigación es deficiente en relación con uno cualquiera de estos objetivos, debe ordenar una ampliación del sumario para que esta labor se lleve a buen término (artículo 421 del C. de P. P.), por una sola vez si el procesado se halla detenido o cuantas veces sea necesario en otros casos (artículo 422 del C. de P. P.).

La reunión de las diligencias que constituyen el sumario es básica para la actuación posterior del juez y si dichas diligencias o actos no han tenido completa consumación, entonces, procede la ampliación, pues, siendo el juez de la causa un juez de derecho que juzga sobre todo el material que el instructor le envía, sería benéfico para su futura labor el abstenerse de investigar por sí mismo los hechos que él posteriormente ha de fallar. La separación de funciones entre el juez instructor y el juez de la causa debe mantenerse, pues la mixtificación de la función instructora con la falladora puede permitir una impropia mezcla de actividades dentro de una conveniente administración de justicia. Tal ha sido en Colombia en estos últimos años el criterio del legislador y por esta razón se ha venido intensificando saludablemente la creación de muchos juzgados de instrucción.

En estas condiciones, aparece claro el objetivo del legislador al proponer entre sus normas aquélla que ordena producir una actuación que declare cerrada la investigación y que prácticamente implica el que los objetivos de la instrucción se han realizado. Lo que posteriormente ocurra, al calificar el mérito del sumario, es consecuencia de todas esas diligencias recogidas durante la primera etapa del proceso la cual habrá de calificarse bien sobreseyendo, bien dictando el correspondiente auto de proceder cuando exista la prueba requerida para optar por tal determinación. Por lo demás, en la segunda de las anteriores hipótesis —auto de proceder— se abre o inicia prácticamente la segunda etapa del proceso, el juicio. Durante él, el interés de las partes radica principalmente en desvirtuar o completar las pruebas para concluir en la absolución, en la condenación o en obtener una modificación de la calificación legal producida.

De todo lo dicho se concluye que el auto mediante el cual se declara cerrada la investigación no es una providencia de carácter secundario que no produce efecto alguno en el proceso. Antes por el contrario, su naturaleza es de trascendental importancia pues su objeto técnico no puede ser otro que el de forzar a los funcionarios instructores al cumplimiento de su misión cual es la de realizar los objetivos del sumario. Es lógico suponer que sobre un sumario completo desde todo punto de vista, con mayor facilidad y acierto jurídico el juez de la causa podrá actuar.

Además, se adivina que el auto de cierre de la investigación cumple otra finalidad cual es la de terminar con el inveterado vicio, por demás perjudicial para la administración de justicia, de permitir que los funcionarios de instrucción una vez vencido el término legal de ella, creen acabada su labor unas veces por desidia o por falta de aplicación al cumplimiento de su deber, otras por la complejidad misma del asunto que los ocupa y remiten al juez de la causa una serie de diligencias informales que no conducen a nada, que propician la impunidad o crean suficientes motivos para que se incurra en errores judiciales siempre funestos.

Por lo demás, interesa saber qué efectos produce el auto en que se declara terminada la investigación con respecto a las personas que intervienen en el proceso penal.

Desde el punto de vista del Ministerio Público cuyo interés primordial es la defensa de los derechos de la sociedad, patrocinando la imposición de la pena o la absolución del acusado, el auto sobre cierre de la investigación es de vital importancia pues el Ministerio Público como promotor de la acción penal debe vigilar porque se cumpla la ley y se haga nua investigación imparcial y completa hasta donde sea posible; en estas condiciones, debe impedir que el proceso pase al estado de calificación hasta tanto no se haya perfeccionado el sumario.

En relación con el procesado, la cuestión es también de suma trascendencia pues el haberse omitido por propio descuido de él o del funcionario de investigación la práctica de alguna diligencia que sea fundamental, sería causa de un procesamiento más o menos seguro con la natural mengua que semejante situación podría proporcionar a un hombre de bien. Este caso tendría ocurrencia si, por ejemplo, el descuido del interesado ha consistido en no desvirtuar de manera eficaz la prueba del cuerpo del delito que como se sabe es base esencial para pronunciar el llamamiento a juicio. Si el cierre de la investigación puede implicar para el procesado tal situación, muchas veces con detrimento de su propia libertad, resulta elemental y obvio que la revocatoria de esa providencia es también en muchos casos saludable para los intereses de la justicia, pues permite al acusado ejercitar su defensa en forma completa produciendo todos los recursos que estime necesarios a efecto de demostrar su inocencia o la justificación de su conducta.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la parte civil, puesto que su misión en el período del sumario es la de coadyuvar a la demostración de uno de los objetivos de éste, la existencia del daño causado con la infracción, su intervención en caso de un cierre prematuro puede verse prácticamente paralizada impidiéndole realizar su propósito.

De todo lo dicho hasta aquí resulta que la providencia de que tánto se ha hablado no constituye una diligencia secundaria y sin valor dentro del proceso, sino que al contrario, es benéfica y protectora de los derechos de todos cuantos tengan intervención en él.

Intima y estrecha relación guarda la naturaleza misma de la providencia en mención, dada su calidad sustancial, con los efectos que ella deba producir, efectos éstos que se determinan precisamente por la notificación que se haga a los interesados, ya que sin esa notificación el acto de clausura deja sin oportunidad a aquellos a quienes conviene conocerlo, para obtener los recursos legales consagrados por la ley procesal en todas las eventualidades en que éstos puedan operar.

Los recursos judiciales ordinarios están establecidos en favor de las partes para que éstas los propongan con el fin de garantizar la defensa de sus derechos cuando los estimen conculcados por la actuación que se ponga en su conocimiento. De no ser así resultaría innecesario y ningún objeto procesal tendría la notificación de las providencias judiciales, como lo ordena el Código de Procedimiento Penal en su artículo 168, al afirmar como principio universal el de que todos los autos y sentencias deben notificarse en cualquiera de sus tres formas y según las circunstancias, a los interesados.

Dispone el artículo 198 del C. de P. P., en sus numerales segundo, tercero y cuarto, que constituye causal de nulidad la omisión de notificaciones de determinados autos. Mejor dicho, nuestra ley proclama taxativamente cuáles providencias no notificadas originan nulidad. Siendo esto muy claro, resulta necesario saber entonces qué situación se produce con respecto a las providencias no notificadas y sobre las cuales la ley guarda silencio sin señalar los efectos que semejante omisión produzca en relación con ellas. Si la omisión de las notificaciones no produjera efectos resultaría inútil que la ley procesal penal ordenara como necesaria la dicha notificación. En la imposibilidad de aceptar este criterio es forzoso buscar una explicación acerca de lo que ocurra cuando se presenten omisiones de esta naturaleza.

El artículo 166 del Código de Procedimiento Penal ordena notificar por estado o por edicto todo auto o sentencia que no lo haya sido personalmente, y de aquí se infiere, que no es posible la existencia de providencias judiciales sin la correspondiente notificación ya que como anteriormente se vio, ellas tienen por objeto hacer viable en todo momento el ejercicio de la defensa para quienes estén interesados en el proceso. Y como en el fondo la ausencia de notificación de un auto o sentencia puede conducir a la negación de ese derecho, resulta inexplicable la existencia de providencias que no hayan sido notificadas. De aceptar tal conclusión se llegaría a la absurda consecuencia de que la notificación no es un acto esencial dentro del sistema que filosóficamente rige el procedimiento penal, en otras palabras, los jueces tendrían la libertad de omitir por innecesarias las notificaciones, lo cual habría de conducir en cierto modo a privar a los interesados de una garantía que afecta su derecho de recurrir contra esas providencias, consagrándose así la arbitrariedad judicial.

Verdad es que no existe en el Código nuéstro una norma que colme semejante vacío y que indique qué efectos, ya que la nulidad no es aceptable, producen los autos que carecen del esencial requisito de la notificación. Ante esta situación es preciso recordar que el mismo Código Procesal Penal en su artículo 7º remite al Código de Procedimiento Civil para con él llenar los vacíos que se observen en el primero.

Esta segunda obra determina en su artículo 327: "Por regla general ninguna resolución produce efectos antes de haberse notificado a las partes".

Equivale lo anterior a afirmar que los actos operados en el proceso penal que no hayan sido notificados en la forma legal no producen efectos y en estas condiciones parece naturau suponer que no lo tendrá el de cierre de la investigación mientras la notificación se produzca.

Ya se ha visto cómo la notificación parece ser destinada por la ley exclusivamente en beneficio de los interesados, luego es a éstos a quienes afecta directamente la omisión, pero también resulta lógico que la convalidación de las actuaciones posteriores hecha por los mismos interesados debe sanear la irregularidad, pues si en su oportunidad no ejercieron el derecho de recurrir, es porque consideran que la providencia no les causa menoscabo en el ejercicio de esos mismos derechos.

Si las anteriores consideraciones son aceptables en general para toda clase de procesos, más valor han de tener cuando se trata de uno ante la Corte Suprema, en el cual el sindicado justiciable en única instancia tiene que buscar el máximo de seguridades en su defensa y la Corte proporcionár-

selas también en extremo, porque esta prerrogativa de ser juzgado por la Corte, decretada en razón del cargo que se ejerce, implica por otra parte menos garantías procesales que aquellos casos que se ventilan por el procedimiento de las dos instancias.

El apoderado ha propuesto que se declare por esta alta entidad la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha trece de marzo del presente año que declara cerrada la investigación. Ya se ha visto que el procedimiento de la nulidad es inaceptable para este caso por cuanto las nulidades están prefijadas por la ley y se refieren a situaciones muy concretas y no podría el Juez sustituir al legislador para hacer creación de nuevas nulidades.

En cambio, es aceptable y así debe reconocerse, que no habiéndose notificado en forma alguna al procesado el auto que declaró cerrada la investigación en este negocio, es el caso de considerar que el auto de fecha trece de marzo del presente año, no ha producido efectos hasta tanto se haga la notificación correspondiente.

En mérito de las consideraciones anteriormente expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ordena notificar al sindicado y a su apoderado el auto de fecha trece de marzo del presente año y una vez cumplidos los efectos correspondientes, proseguir la actuación que sea legal.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal, Oficial Mayor en ppdad.

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA — DOCTRINA DE SALEILLES Y DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO — CONCURSO DE DELITOS — CONCURSO REAL. — ACUMULACION DE PENAS

1.—Planteado por el recurrente el punto primordial de la falta de estudio de la personalidad del procesado, lo que se entiende, así planteado el problema, es que se formula una crítica al fallo, al cual se califica de deficiente porque el sentenciador pasó por alto una cuestión de tánta trascendencia y significado, como es la de establecer de manera previa en qué circunstancias se consumó el delito, qué antecedentes registra la vida del infractor, qué lo movió a proceder, etc. El reparo es exacto, y no precisamente para la sentencia a que alude el recurso, sino para la generalidad de las que pronuncian los jueces colombianos, en las que raras veces se observa que se haya meditado sobre este punto. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que la individualización de la pena haya sido por esta causa equivocada en grado tal, que traduzca una aberración o una injusticia de bulto. Lo que ocurre casi siempre es que el Juez no expresa en el texto de la providencia una concreta motivación. Pero la sigue IN PECTORE, y a ella arregla, —con más o menos empirismo— la medida penal correspondiente. ¿Y cómo ejerce esta función? De una manera limitada. Es bien sabido que de las tres individualizaciones posibles, de que habla Saleilles, la legal, la judicial y la penitenciaria, el Código Penal colombiano, como la mayoría de los códigos, ha adoptado la segunda, que no equivale ciertamente al arbitrio judicial. La libertad del juez no es, por lo tanto, absoluta; él tiene que actuar entre dos hitos intraspasables (el mínimo y el máximo). De manera que al señalar la sanción, tratándose de delincuente normal, no podrá bajar del mínimo fijado en la ley para la infracción SUB JUDICE, por óptimas que sean las condiciones personales del infractor, por nobles y altruístas los motivos que hayan gobernado su acción y por apremiantes que hayan sido las circunstancias que rodearon la ejecución del hecho. Claro está que todo ello es partiendo de la base de un delito comprobado, con determinadas características.

2.—En varios fallos ha tratado la Sala de este problema del concurso delitos, que parece se presta a confusiones, porque se piensa que necesariamente cuando la acción es una el concurso es formal, aun cuando sean varias las consecuencias delictuosas. Y esto seguramente por un entendimiento defectuoso de la definición de tal fenómeno jurídico. La Corte, en varias sentencias, entre ellas la relativa a Gilberto Uribe, ha tratado el asunto. En ese caso, el delito tuvo origen en una infracción a los reglamentos del tránsito. El vehículo que dirigía Uribe se volcó y resultaron lesionados casi todos los ocupantes de él. Pluralidad de lesiones, pero una sola acción. Sin embargo, la Sala decidió que se trataba de un concurso real. Y esto, porque lo que distingue a uno de otro concurso no es la acción única, sino que las consecuencias sean o no separables, que se puedan o no materializar.

3.—El artículo 33 del Código Penal plantea la acumulación. El Derecho Romano sentó la regla de "Tot delicta, tot poenas", es decir, que cada delito debe recibir su correspondiente sanción. En cambio, el Derecho Germano adoptó el precepto contrario: POENA MAJOR ABSORBET MINOREM, o sea, que la pena mayor absorbe a la menor. Pero al paso que lo establecido en el Derecho Germano no admite subdivisiones, el Derecho Romano tomó dos matices distintos: el de la acumulación matemática y el de la acumulación jurídica. Este último, que es el implantado en el Código Penal colombiano, fue el que tuvo mayor acogida, por el excesivo rigor a que llevaba el otro (acumulación material), que en ocasiones hacía imposible el cumplimiento de la sanción, como cuando se trataba, por ejemplo, de numerosas penas de privación de libertad, recaídas en un solo individuo, las que sumadas excedían el límite de duración de la vida del hombre más longevo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. Bogotá, julio trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

En la sesión pública celebrada en el salón de audiencias del Juzgado 1º Superior de San Gil, el dos de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el juicio adelantado a Paulino Quiñones por los delitos de homicidio y lesiones personales, el señor Juez le sometió al Jurado las dos cuestiones siguientes, que fueron contestadas afirmativamente:

"Cuestión Primera: El acusado Paulino Quiñones es responsable —Sí o No— de haber dado muerte intencionalmente a Sacramento Gómez, por medio de las heridas que le infirió, descritas en la diligencia de autopsia visible a los folios 4 y 5, hecho sucedido en las horas de la madrugada del día siete de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en la calle denominada "Guanecito", dentro del perímetro urbano de la población de Barichara?"

"Cuestión Segunda: El acusado Paulino Quiñones es responsable —Sí o No— de haberle causado la herida a Luis Antonio Durán, herida descrita en la diligencia de reconocimiento visible al folio 58, hecho sucedido en el día, hora y sitio a que hace referencia la cuestión anterior?"

En desarrollo de este veredicto el funcionario del conocimiento dictó sentencia condenatoria, en la cual le impuso al procesado —siguiendo el método de la acumulación aritmética— la sanción principal de ocho años, veintiséis días de presidio, fallo que el Tribunal Superior de San Gil reformó el tres de noviembre siguiente, en el sentido de condenar a Paulino Quiñones a la pérdida de la libertad por el tiempo de ocho años y medio —en presidio—, conforme a la regla del artículo 33 del Código Penal, que trata del fenómeno del concurso real de delitos.

Contra esta decisión interpuso el recurso de que aquí se va a tratar el procesado, recurso que ha sido sustentado por medio de asesor judicial constituído para esos efectos ante esta Sala de la Corte, en memorial recibido aquí el 18 de abril del año en curso, en que el apoderado doctor Jorge Guerrero invoca las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Demanda de casación

Entre las razones que expone el apoderado del recurrente para fundar las causales citadas, la Sala, atenta al método que facilite su examen, destaca éstas: con respecto a la primera: que en la sentencia no se hizo la más mínima alusión a la personalidad del procesado, descuidando así normas elementales acerca de la importancia de este aspecto del proceso penal. Y de ahí, luego de algunas disquisiciones encaminadas a sostener que el Tribunal debió declarar notoriamente injusto el veredicto razón ciertamente extraña a la causal que se viene examinando, pues podría contestarse diciendo simplemente que si el Tribunal aceptó el veredicto como lo había hecho el Juez, fue porque no lo encontró contraevidente, deduce que hubo indebida aplicación de la ley penal.

Pero es del caso observar que el sustentante no expresa cuál sería —en su concepto— la sanción imponible, la que jurídicamente y mediante un análisis minucioso y concienzudo de las condiciones personales de su poderdante, de las modalidades de los hechos a él imputados y de los motivos que lo determinaron a obrar, pudiera en derecho corresponderle.

Al abordar el tema de la causal segunda, principia el demandante por reconocer que la Corte ha rechazado —como impertinente— esta causal en los juicios en que interviene el Jurado. Sin embargo afirma —mas se ignora en qué apoya este supuesto— que la misma Corte la ha admitido "para el caso de injusticia notoria". Y de acuerdo con esta creencia, cuya razón desconoce la Sala, pues no podía ella declarar procedente una causal no establecida en la ley o suprimida de la misma (la de la injusticia notoria), habiendo sido precisamente la circunstancia de que la causal segunda, tal como ha quedado redactada, concluía en la inadmisible tesis de la injusticia notoria, entra a la revisión de la prueba, que él considera insuficiente para llegar al resultado que contempla el fallo.

En esta ocasión sí se manifiesta el demandante de modo afirmativo, pues dice que a Quiñones debió reconocérsele la situación en que él estuvo de legítima defensa.

Con respecto a la causal tercera argumenta diciendo que ciertamente no ve la causa para que en la sentencia se le haya dado aplicación al artículo 33 del Código Penal, puesto que por parte alguna aparece el "deux ex machina" del concurso material, y agrega:

"...Y tampoco discute la sentencia si se trata de un concurso material o formal. Pontificiamente aplica el artículo que sanciona el concurso material, y no observa que la lesión sufrida por Luis Antonio Durán pudo ser causada por la bala que causó una de las dos heridas al occiso Sacramento Gómez, y que precisamente no fue hallada en la autopsia del cadáver" (sic). "Sería éste el caso del concurso formal, que es decir, la violación de varias disposiciones de la ley penal por un mismo hecho, de acuerdo con los términos del artículo 31 del Código Penal.

Conveniente es advertir que lo que parece alegado on ocasión de esta causal tercera es el segundo otivo que ella contempla, o sea, al estar la senten-ia en desacuerdo con el veredicto, y no con el auto e proceder, que es el primer motivo incluído en la encionada causal.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal encuen-ra —y es la verdad— que el demandante se ha poyado en las mismas razones para alegar las cau-ales 1ª y 2ª, que él —el Agente del Ministerio Pú-lico—estima que no han sido probadas, no sólo por-que la atinente a la falta de examen de la perso-nalidad del procesado es omisión que no conduce a nvalidar la sentencia, sino también porque, en uanto al otro fundamento, o sea el relativo a las ruebas, versa sobre una cuestión definitivamente esuelta por esta Sala cuando declaró que en los uicios en que interviene el tribunal popular es in-aceptable la causal segunda de casación, a propósito e la cual reproduce algunas partes de la sentencia en que se trató aquel tema.

Al ocuparse en lo concerniente a la causal ter-cera, dice que además de que en el auto de proce-der se imputó a Quiñones la consumación de "dos delitos con individualidad propia, el homicidio en Sacramento Gómez y las lesiones en Luis Antonio Durán", estos hechos quedaron precisados de ma-nera indiscutible y como ejecutados por el mismo infractor, no en virtud de un solo acto sino de dos, por lo que el concurso real estuvo bien deducido, en lugar del concurso formal, acerca del cual ex-pone estas ideas:

"Es de la esencia del concurso formal de delitos que con un mismo hecho se violen varias disposicio-nes de la ley penal. Debe haber unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas. La unidad de hecho ha de entenderse no sólo desde el punto de vista objetivo, sino desde el punto de vista de la inten-ción y del fin que mueve al agente; porque si éste, por una sola acción, tiene el propósito y el fin de violar dos o más intereses jurídicamente protegidos y causa con su hecho dos o más daños distintos, entonces la figura del concurso formal desaparece para darle cabida al concurso material de infracción-nes.

"En el presente caso, el procesado Paulino Qui-ñones no ejecutó un solo hecho productor de lesio-nes jurídicas, sino que realizó distintas acciones que especifican dos delitos perfectamente definidos, el homicidio y las heridas. En efecto, según el mismo acusado, dos fueron las personas que lo atacaron y contra ellas esgrimió su revólver; los disparos, al decir de testigos, fueron varios hasta agotar la car-ga del arma; y dos fueron también los efectos da-ñosos de su actividad física, o sea un quebranta-miento del derecho a la vida (muerte de Sacramen-to Gómez) y una violación del derecho de integri-dad personal (lesiones en Luis Antonio Durán).

Termina pidiendo el Jefe del Ministerio Público en el ramo Penal que no se invalide la sentencia impugnada, por no haber justificado el demandante sus puntos de vista en orden a las tres causales de casación propuestas.

Considera la Sala

Causal 1ª.—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por in-debida aplicación de la misma".

En su apoyo aduce el interesado las deficiencias ya anotadas del fallo.

Aun cuando este motivo sería más apropiado para sostener otra causal (la 5ª, que no ha sido invocada), quiere la Sala referirse al punto primor-dial que el demandante esboza a este respecto: falta de estudio de la personalidad del procesado.

Naturalmente que así planteado el problema, lo que se entiende es que se formula una crítica al fallo, al cual se califica de deficiente porque el senten-ciador pasó por alto una cuestión de tánta tras-cendencia y significado, como es la de establecer de manera previa, en qué circunstancias se consu-mó el delito; qué antecedentes registra la vida del infractor; qué lo movió a proceder, etc.

El reparo es exacto, y no precisamente para esta sentencia, sino para la generalidad de las que pro-nuncian los jueces colombianos, en las que raras veces se observa que se haya meditado sobre este punto. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que la individualización de la pena haya sido por esta causa equivocada en grado tal, que traduzca una aberración o una injusticia de bulto. Lo que ocurre casi siempre es que el Juez no expresa en el texto de la providencia una concreta motivación. Pero la sigue "in pectore", y a ella arregla —con más o menos empirismo— la medida penal correspon-opndiente.

¿Y cómo ejerce esta función? De una manera li-mitada. Es bien sabido que de las tres individuali-zaciones posibles, de que habla Saleilles, la legal, la judicial y la penitenciaria, el Código Penal co-lombiano, como la mayoría de los códigos, ha adop-tado la segunda, que no equivale ciertamente al ar-bitrio judicial. La libertad del juez no es, por lo tanto, absoluta; él tiene que actuar entre dos hitos

intraspasables (el mínimo y el máximo). De manera que al señalar la sanción, tratándose de delincuente normal, no podrá bajar del mínimo fijado en la ley para la infracción "sub judice", por óptimas que sean las condiciones personales del infractor, por nobles y altruístas los motivos que hayan gobernado su acción y por apremiantes que hayan sido las circunstancias que rodearon la ejecución del hecho. Claro está, que todo ello es partiendo de la base de un delito comprobado, con determinadas características.

Pues bien, esa imperfección que le apunta el demandante a la sentencia no conduce a obtener una disminución de la pena para el procesado que él representa, porque a Paulino Quiñones se le impuso el mínimo señalado en la ley para el delito que se le imputó y por el cual fue juzgado.

No prospera, por lo mismo, la causal primera.

En cuanto a la causal segunda, no cree la Sala que haya necesidad de presentar las razones que para refutar al demandante da el señor Agente del Ministerio Público, puesto que la réplica se hace citando la parte sustancial de la sentencia de esta Sala, en la que se declaró que dicha causal es inoperante en los juicios en que ha intervenido el Jurado, justamente por repercutir ella en otra causal abolida (injusticia notoria), a cuyo restablecimiento se llegaría si hubiera de examinarse en casación el contenido de un veredicto no declarado contra-evidente en las instancias.

Y como el fallo en donde se encuentra esa doctrina es bien conocido ya, pues ha sido publicado, se prescinde de reproducirlo nuevamente aquí.

Causal 3ª.—"Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Afirma el demandante que la sentencia se halla en desacuerdo con el veredicto, porque al "Juri" no se le planteó el fenómeno contentivo de un concurso material, y expresa sus dudas de que más bien se esté en presencia de un concurso formal o ideal.

Tanto en el auto de proceder como en el cuestionario propuesto a los jueces de conciencia, se hizo una completa separación de los dos hechos (el homicidio y las lesiones). En aquella providencia se dijo:

"...El Juzgado Primero Superior de este D. J. de acuerdo con el señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve: 1º.—ABRIR CAUSA CRIMINAL por los trámites en que interviene el jurado contra Paulino Quiñones, menor de veintiún años de edad, soltero, natural y vecino de Barichara, hijo de Juan de Dios Quiñones y Zoila Rosa Porras y agricultor, como responsable del delito de homicidio consumado en Sacramento Gómez, hecho sucedido en las horas de la madrugada el día siete de enero del corriente año en la calle denominada "Guanecito" dentro del perímetro urbano de la población de Barichara, delito que define y sanciona el C. P. en su Libro II., Capítulo I., Título XV., cuya denominación es: "DEL HOMICIDIO".

"2º.—LLAMAR A RESPONDER EN JUICIO CRIMINAL por los trámites en que interviene el jurado a Paulino Quiñones, de anotaciones civiles conocidas, como autor responsable de las heridas en Luis Antonio Durán, hecho sucedido en el día, hora y sitio a que hace referencia el punto anterior, delito definido y sancionado en el C. P. en su Libro II, Capítulo II, Título XV, bajo el epígrafe: "DE LAS LESIONES PERSONALES".

Y al interrogar al Jurado le fueron presentadas —como ya se vio al principio— en preguntas distintas las dos cuestiones.

Sería ello suficiente para contestar con fortuna el argumento del demandante, pues allí en esa separación se halla el "Deux ex machina" o fuerza principal del concurso real. Pero como parece que él cree que de haber sido —lo que en su concepto no está bien claro— los dos delitos perpetrados con una sola acción o por el mismo proyectil, el concurso no sería material sino ideal, es conveniente decir algunas palabras acerca de este tópico.

La Sala, en varios fallos y entre otros que recuerde, en el relativo a Gilberto Uribe (16 de octubre de 1944), ha tratado de este problema del concurso de delitos, que parece que se presta a confusiones, porque se piensa que necesariamente cuando la acción es una el concurso es formal, aún cuando sean varias las consecuencias delictuosas. Y esto seguramente por un entendimiento defectuoso de la definición del tal fenómeno jurídico.

El equívoco o la falta de precisión —para el jurista colombiano— tiene al parecer su origen en los "Trabajos Preparatorios del Código", en una de cuyas actas quedó incompleta u oscura la noción que ahora pretende la Sala fijar un poco más.

Se lee allí:

"...En reconsideración el artículo sustitutivo del 2º de la anterior Comisión, aprobado provisionalmente en sesión anterior, el doctor Escallón manifiesta que nota en ese precepto una deficiencia, y es la de que no se contempla el caso de violación con un solo hecho de la misma disposición no una sino varias veces, por ejemplo en el caso de que el agente, queriendo dar muerte a un individuo, dispara y con el mismo disparo le quita la vida a

u agredido y a un tercero. El mismo doctor Escallón stima que en el proyecto se debe considerar las siguientes hipótesis: 1ª, que con un solo acto se vioen varias disposiciones o varias veces la misma disposición, lo que jurídicamente implica el concurso ormal de delitos; 2ª, que con varios actos se cometan varios delitos, en lo que consiste el concurso material, y 3ª, que con varios actos se viole a misma disposición siempre que en su ejecución se revele el mismo designio, lo que constituye el delito continuado. Como artículo referente a la primera hipótesis, o sea al concurso formal, presenta la siguiente fórmula:

"El que con un mismo hecho viole varias disposiciones de la Ley Penal o varias veces la misma disposición, queda sometido a la que establece la sanción más grave, aumentada hasta en la mitad".

"El doctor Cárdenas manifiesta que en general le parece aceptable la fórmula, pero que es partidario de introducir una ligera modificación consistente en disminuir la sanción hasta en una tercera parte; agrega que no es partidario tampoco de que se incluya la frase: "o varias veces la misma disposición", porque con tal expresión se quiere indicar que con una misma acción puede violarse varias veces la misma disposición, lo cual no es así, puesto que sólo se viola una vez el precepto legal. Estima que las hipótesis que se pueden contemplar son cuatro: 1ª, cuando con una sola acción se infringe más de una disposición penal, es decir, el concurso formal; 2ª, cuando con varias acciones se infringe una misma disposición penal, es el delito continuo; 3ª, cuando con varias acciones se infringen distintas disposiciones penales, o sea, el verdadero concurso material o acumulación; y 4ª, **cuando con una acción se quieren cometer varios delitos, o sea, el concurso material.** Esta última hipótesis quedaría comprendida en la frase que el doctor Escallón quiere añadir a la disposición". (Sesión del 10 de octubre de 1934, Acta Nº 63, páginas 190 a 191, "Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal).

En el caso citado anteriormente (el de Gilberto Uribe) el delito tuvo orígen en una infracción a los reglamentos del tránsito. El vehículo que dirigía Uribe se volcó y resultaron lesionados casi todos los ocupantes de él. Pluralidad de lesiones, pero una sola acción. Sin embargo, la Sala decidió que se trataba de un concurso real. Y esto, porque lo que distingue a uno de otro concurso no es la acción única, sino que las consecuencias sean o no separables, que se puedan o no materializar.

Mas cuando en los Tribunales de Justicia —por elevada que sea su jerarquía— se abordan determinados problemas complejos de derecho, siempre hay la tendencia a no concederle a las tesis adoptadas en esos fallos judiciales —que por otra parte permanecen generalmente inéditos— gran valor, ni se advierte una notable propensión a aceptarlas como producto de un criterio definido. En cambio, si las mismas teorías se ven expresadas en un libro, aun cuando el autor no sea muy conocido, el lector relaja un poco, si no totalmente, los frenos de su resistencia a dejarse convencer, y en ocasiones abandona su personal modo de apreciación, para acoger sin reparo lo que el escritor dogmáticamente enseña o ensaya demostrar.

Por eso quizá sea indicado aquí acudir a una de las obras de don Constancio Bernaldo de Quiros, quien en las páginas 158 a 159 de "Lecciones de Legislación Penal Comparada", dice a propósito de esta materia:

"El concurso de delitos, supone, por consiguiente, de un lado unidad de delincuente; de otro, pluralidad de delitos, lo mismo que la reincidencia; pero, a diferencia de ésta, sin que entre los diversos delitos medie el pronunciamiento de la sentencia y mucho menos el cumplimiento de la pena.

"Esto supuesto, el concurso se bifurca.

"Unas veces, cuando en el desarrollo de un delito se producen dos o más infracciones penales, simultánea o sucesivamente, incluso a intervalos relativamente largos, en forma tal que las distintas infracciones penales se materializan perfectamente, hasta en la persona de víctimas diversas. Esto es lo que se llama el concurso "real" o 'material". Ejemplos: de un sólo disparo resultan dos personas alcanzadas. O bien, de un solo rapto de furor homicida, propio de los grandes delitos pasionales, se derivan tres, cuatro o más homicidios, como en el terrible suceso de los Comendadores de Córdoba, espantosa tragedia de honor conyugal mancillado y ferozmente vengado, que se desenvolvió una noche de las postrimerías del siglo XV en las cámaras altas del Palacio de los Condes de Priego de aquella hermosa ciudad, próximo a la antiquísima iglesia de Santa Marina, y de la que todavía se guarda memoria en romances populares y en el que también compuso el Jurado de Córdoba, Juan Rufo, gran amigo de Cervantes.

"Mas otras veces, el concurso se presenta en forma diversa, cuando a la vez de un solo acto, resultan instantáneamente dos o más delitos, incluso heterogéneos, tan unidos, hasta en la propia persona de la víctima, de ordinario, que no es posible distinguirlos sino intelectualmente. Este es el caso del concurso "ideal", o 'formal", del cual pudiera decirse que en él, como en las comedias neoclásicas, concurren con toda perfección las tres unidades de

lugar, de tiempo y de víctima. Supongamos un duelo del que han sobrevenido lesiones. Aquí de un solo acto, se derivan dos infracciones penales, el duelo y las lesiones. Imaginemos del mismo modo, una violación, con previo allanamiento de morada, seguida de contagio venéreo; unas lesiones cometidas sobre una mujer embarazada, a consecuencia de las cuales se produce el alboroto; un empleado de correos que, sustrayendo un sobre cerrado, con valores, comete, a la vez, el delito de infidelidad en la custodia de documentos y el de hurto. Ciertamente, esta es la hipótesis más curiosa, y tan sutil como se la presenta en la monografía del gran Savigny, en su tesis para la Licenciatura, "De Concurso Delictorum formali", anunciando ya el talento que habría de brillar en sus obras posteriores y sobre todo en su memorable disputa con Thibaut, donde se inicia la escuela histórica del Derecho".

Supone la Sala que si alguna duda se agitaba al respecto en las ideas del demandante, ha sido ya disipada con la anterior explicación muy ilustrativa, del pasaje de la obra del tratadista español, y que se habrá de convenir en que si el concurso fue, en el caso de Paulino Quiñones, real y no formal, material y no ideal, no hubo, en consecuencia, desacuerdo entre el veredicto —que afirmó la existencia de dos hechos delictuosos— y la sentencia que los sancionó en concordancia con el artículo 33 del Código Penal, en el que también se plantea la acumulación. ¿Qué clase de acumulación? El Derecho Romano sentó la regla "Tot delicta, tot poena", es decir, que cada delito debe recibir su correspondiente sanción. En cambio, el Derecho Germano adoptó el precepto contrario: "pena maior absorbet minorem", o sea, que la pena mayor absorbe a la menor. Pero al paso que lo establecido en el Derecho Germano no admite subdivisiones, el Derecho Romano tomó dos matices distintos; el de la acumulación matemática y el de la acumulación jurídica. Este último, que es el implantado en el Código Penal Colombiano, fue el que tuvo mayor acogida, por el excesivo rigor a que llevaba el otro (acumulación material), que en ocasiones hacía imposible el cumplimiento de la sanción, como cuando se trataba, por ejemplo, de numerosas penas de privación de libertad recaídas en un solo individuo, las que sumadas excedían al límite de duración de la vida del hombre más longevo.

Tampoco, prospera, de consiguiente, la causal tercera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia de tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior de San Gil, en la cual se condenó a Paulino Quiñones, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, a la sanción principal de ocho años y seis meses de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Por el Secretario, **Aníbal Carvajal**, Oficial mayor.

QUE DEBE ENTENDERSE POR CUADRILLA DE MALHECHORES

1.—Por cuadrilla de malhechores, delito que el Código Penal colombiano de 1890 definía en el Capítulo 6º, Título 3º y Libro 2º, se entiende —de acuerdo con los tratadistas y expositores— una asociación ilícita (societas sceleris), organizada bajo la autoridad de un jefe supremo sobre el cual pesa la responsabilidad máxima, porque en él reside principalmente el pensamiento rector y en él se refunde, como en su común principio, toda la actividad criminosa. Esta, que es la idea de Pessina, fue acogida generalmente, y se puede decir que prevaleció en la interpretación de la delincuencia de esa especie. Son, pues, elementos de la cuadrilla de malhechores o "banda", los siguientes: una asociación; un número de asociados, que varía en las distintas legislaciones (tres por lo menos para el Código Penal argentino; dos por lo menos para los códigos penales de Francia y de Bélgica; y cinco, por lo menos, para el de Italia); y, además, un propósito permanente u objetivo manifiesto de cometer delitos determinados, porque es sólo a esa condición —como dice el tratadista González Roure — como la asociación por sí misma constituye un verdadero peligro para la estabilidad del orden social, y es lo que distingue esta asociación del "complot", el que por tener precisamente como fin cometer un delito determinado, es una asociación accidental.

2.—No equivale a lo mismo imputarle a un infractor la comisión de un delito en lugar de otro, que declararlo responsable de un hecho no realizado. En el primer supuesto hay que reponer el procedimiento, por ser nulo lo actuado desde el auto de proceder en adelante; y en el segundo, debe absolverse al procesado por inexistencia del delito.

3.—La admisibilidad de la causal 5ª o su pertinencia, mejor dicho, está subordinada a la condición de que la injusticia notoria se haya alegado en las instancias del juicio. Si este punto no ha sido debatido en esa oportunidad, no cabe invocar dicha causal en el recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Con aplicación de los artículos 142, 250, 252, 597, 598, 600, 645, 778 y 790 del Código Penal anterior, el Tribunal Superior de San Gil, en fallo de cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, condenó a Luis Salazar y a Dionisio Quintero a la sanción principal y máxima de veinticinco años de presidio, como responsables de los delitos de homicidio (tres), robo y heridas, hechos consumados como a las once de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete en la vereda de "La Culebra", Municipio del Socorro, y sobre los cuales se interrogó al Jurado reunido en los días cinco, seis y siete de abril de mil novecientos cuarenta y tres, el que dio respuestas afirmativas a las siguientes preguntas:

"El acusado Luis Salazar es responsable del hecho de haberse presentado en casas de José Manuel Riaño y Vicenta Plata, en asocio de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades y haber sorprendido desprevenidamente a los habitantes de dichas casas, acontecimiento consumado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en la vereda denominada **La Honda** o **La Culebra** en jurisdicción de este municipio?"

"El acusado Luis Salazar es responsable del hecho de haber quitado o tomado, con fuerza y violencia en las personas y en las cosas, y en asocio de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, un cintillo de oro y otros objetos y prendas de vestir, acontecimiento perpetrado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en las casas de habitación de José Manuel Riaño y Vicenta Plata, en la vereda denominada **La Culebra** o **La Honda** de la jurisdicción municipal del Socorro?"

"El acusado Luis Salazar es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente y en concur-

so recíproco de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, a Vicenta Plata, por medio de una herida inferida por un tiro de arma de fuego, cuyo proyectil de nueve milímetros penetró dos centímetros hacia la derecha de la apófisis espinosa de la segunda vértebra lumbar, seccionó la médula espinal y la aorta descendente o lumbar, acontecimiento perpetrado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en la propia casa de habitación de la víctima, en la vereda de **La Culebra** o **La Honda** en jurisdicción municipal del Socorro?"

"El acusado Luis Salazar es responsable del hecho de haber dado muerte intencionalmente y en concurso recíproco de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, a Macario Duarte, por medio de dos heridas, una de treinta centímetros de longitud en el hombro derecho y otra en la cabeza, inferidas con instrumento cortante; y otra con arma de fuego, cuyo proyectil de nueve milímetros perforó los dos pulmones y el corazón, todas tres de carácter mortal, acontecimiento consumado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en la propia casa de habitación del occiso, en la vereda de **La Culebra o La Honda** de la jurisdicción municipal del Socorro?'

"El acusado Luis Salazar es responsable del hecho de haber dado muerte intencionalmente y en concurso recíproco de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, a Peregrino Duarte, por medio de tres heridas de arma cortante, una en la mano derecha y dos de a treinta centímetros de longitud cada una, que seccionaron el cráneo desprendiendo la base del mismo en casi toda su extensión, y una de arma de fuego cuyo proyectil de nueve milímetros interesó los dos pulmones y el corazón, suceso perpetrado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en la vereda de **La Culebra** o **La Honda** de la jurisdicción municipal del Socorro?"

"El acusado Luis Salazar es responsable del hecho de haber causado a José Angel Sepúlveda cinco heridas de instrumento cortante y punzante y una de revólver en varias partes del cuerpo que le produjaron incapacidad para el trabajo por espacio de noventa días y le dejaron defectos físicos y lesión de caracteres leves, acontecimiento perpetrado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en concurso recíproco de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, en la propia habitación del ofendido, en la vereda de **La Culebra** o **La Honda** de la jurisdicción municipal de Socorro?"

"El acusado Dionisio Quintero es responsable del hecho de haberse presentado en casas de José Vicente Riaño y Vicenta Plata, en asocio de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades y haber sorprendido desprevenidamente a los habitantes de dichas casas, acontecimiento consumado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en la vereda denominada **La Culebra** o **La Honda** en jurisdicción del municipio del Socorro?"

"El acusado Dionisio Quintero es responsable del hecho de haber quitado o tomado, con fuerza y violencia en las personas y las cosas y en asocio de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, un cintillo de oro y otro objetos y prendas de vestir, acontecimiento perpetrado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en las casas de habitación de José Manuel Riaño y Vicenta Plata, en la vereda denominada **La Culebra** o **La Honda** de la jurisdicción municipal del Socorro?"

"El acusado Dionisio Quintero es responsable del hecho de haber dado muerte intencionalmente y en concurso recíproco de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, a Vicenta Plata, por medio de una herida inferida por un tiro de arma de fuego, cuyo proyectil de nueve milímetros penetró dos centímetros hacia la derecha de la apófisis espinosa de la segunda vértebra lumbar, seccionó la médula espinal y la aorta descendente o lumbar, acontecimiento perpetrado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en la propia casa de habitación de la víctima, en la vereda de **La Culebra** o **La Honda,** en jurisdicción municipal del Socorro?"

"El acusado Dionisio Quintero es responsable del hecho de haber dado muerte intencionalmente y en concurso recíproco de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, a Macario Duarte, por medio de dos heridas, una de treinta centímetros de longitud en el hombro derecho y otra en la cabeza, inferidas con instrumento cortante; y otra con arma de fuego cuyo proyectil de nueve milímetros perforó los dos pulmones y el corazón, todas tres de carácter mortal, acontecimiento consumado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil nove-

cientos treinta y siete, en la propia casa de habitación del occiso, en la vereda de **La Culebra** o **La Honda** de la jurisdicción municipal del Socorro?"

"El acusado Dionisio Quintero es responsable del hecho de haber dado muerte intencionalmente y en concurso recíproco de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y contra las propiedades, a Peregrino Duarte, por medio de tres heridas de arma cortante, una en la mano derecha y dos de a treinta centímetros de longitud cada una, que seccionaron el cráneo, desprendiendo la base del mismo en casi toda su extensión, y una de arma de fuego, cuyo proyectil de nueve milímetros interesó los dos pulmones y el corazón, suceso perpetrado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en la vereda de **La Culebra** o **La Honda** de la jurisdicción municipal del Socorro?"

"El acusado Dionisio Quintero es responsable del hecho de haber causado a José Angel Sepúlveda cinco heridas de instrumento cortante y punzante y una de revólver en varias partes del cuerpo que le produjeron incapacidad para el trabajo, por espacio de noventa días y le dejaron defectos físicos y lesión de caracteres leves, acontecimiento perpetrado en altas horas de la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en concurso recíproco de más de cuatro personas, mancomunadas para cometer delitos contra las personas y las propiedades, en la propia habitación del ofendido, en la vereda de **La Culebra** o **La Honda** de la jurisdicción municipal del Socorro?"

Aclaró el Tribunal que si imponía las sanciones de conformidad con el Código vigente cuando los delitos se ejecutaron, era en atención a que tal cuerpo de disposiciones sustantivas resultaba más benigno o favorable a los reos que la Ley 95 de 1936. El párrafo pertinente del fallo, dice así:

"Se aplica el código penal de 1890, vigente en la época de los acontecimientos, por ser más favorable que el código de 1936, que rige desde el 1º de julio de 1938, ya que, según las disposiciones violadas de éste, especialmente los artículos 33 y 363, tendría que imponerse a cada uno de los reos no menos de veinticuatro años de presidio y ocho años de relegación a una colonia agrícola penal".

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los dos procesados mencionados. Pero Dionisio Quintero no presentó demanda alguna. No así Luis Salazar, quien, anticipándose al traslado del expediente, envió un escrito destinado a sustentar el recurso. También el apoderado de éste (Salazar) alegó con el mismo fin, pero extemporáneamente, es decir, cuando ya se había vencido el respectivo término que tenía para hacerlo.

Demanda de Luis Salazar

Este recurrente ha invocado las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931 que funda, en síntesis, así: La 1ª, en que no existió "cuadrilla de malhechores". La 2ª, en que se incurrió en error en la denominación genérica del delito, al llamarlo a juicio por infracciones cometidas en cuadrilla de malhechores. La 3ª, en que se apreció equivocadamente el cuerpo del delito, puesto que la cuadrilla de malhechores no tuvo existencia jurídica. Y la 5ª, en que el fallo se pronunció sobre un veredicto notoriamente injusto.

Intervención de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en uso de la facultad que le otorgaba el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, amplía el recurso de casación interpuesto por Luis Salazar; suple la falta de demanda de Dionisio Quintero y desecha el escrito del apoderado de aquél, por haber sido presentado fuera de tiempo. Como conclusión de su estudio, mas no porque tenga repercusión en el reconocimiento de la causal 3ª (error en la apreciación del cuerpo del delito de cuadrilla de malhechores, cargo del cual debe, en su concepto, absolverse a los procesados), sino porque se aplicó el Código menos favorable, pide que se condene a Salazar y a Quintero a veinticuatro años de presidio, que es el máximo que permite imponer la actual ley penal.

Empieza el Agente del Ministerio Público por examinar la causal 3ª, y dice:

"En las transcripciones anteriores se vio que la sentencia materia del recurso expresó en su punto primero la pena asignada a los procesados Salazar y Quintero, "por los delitos porque fueron llamados a juicio' y que estos delitos, conforme al auto de proceder, fueron los de robo, homicidio (asesinato) y heridas "cometidas en cuadrilla de malhechores". La "cuadrilla de malhechores", es en sí misma un delito específico que se hallaba configurado jurídicamente en el capítulo sexto del título tercero del libro segundo del Código Penal de 1890, y que por lo mismo requiere estar plenamente establecido en su realización externa para poder dictar el auto de proceder y ulteriormente la sentencia definitiva.

"En el presente caso se echa de menos esa plena prueba, que afecta el cuerpo del delito".

A continuación cita varios pasajes de una sentencia de casación dictada por esta entidad el 18 de mayo de 1942, para darle más firmeza a su criterio en relación con los elementos constitutivos de lo que

se ha entendido siempre por cuadrilla de malhechores, y que él no encuentra reunidos en los delitos perpetrados por Salazar, Quintero y compañeros en la noche del veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, en el Municipio del Socorro, por lo cual estima que está probada esta causal, así como la 1ª, dado el natural enlace entre las dos.

Respecto del fundamento de la causal 2ª, arguye que es inoperante, "pues el hecho de no estar probado un delito, no implica nulidad, sino otro de los motivos de casación, claramente contemplado en la causal tercera que ya se analizó". Y agrega:

"...La cuadrilla de malhechores es un delito especial, **sui géneris,** que se reprime con independencia de los delitos que ulteriomente cometan los asociados. De suerte que descartada la cuadrilla, las otras infracciones consumadas por los acusados quedan en pie.

"Siendo esto así, no se ha incurrido en el auto de proceder en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, máxime cuando en los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado se hizo la separación de cada uno de los delitos por los cuales fueron llamados a juicio los acusados.

"Lo que quiere la ley con la nulidad consistente en la equivocación relativa al género del delito, es evitar que el procesado se le juzgue por un hecho distinto del que cometió y que llegue a imponérsele una pena mayor de la que en realidad le corresponda por su actividad antisocial; o que la sociedad padezca menoscabo al sancionar benignamente un delincuente que merece una represión mayor, cosa que no ocurre aquí".

Al referirse a la causal 5ª expresa solamente que no habiéndose debatido en las instancias del juicio el aspecto de la notoria injusticia del veredicto, esta causal carece de todo fundamento.

Considera la Sala

Parece conveniente hacer una previa advertencia. Y es ésta: si se atendiera, pasando por sobre la rigidez de la ley procedimental en cuanto a términos, el alegato o escrito del apoderado de Luis Salazar, de ningún provecho sería para el poderdante, porque aquel invoca únicamente la causal 2ª del artículo 567 del Código Penal vigente, causal que no tiene cabida, como bien se sabe ya, en los juicios en que ha intervenido el Jurado. Y entonces no se podría examinar el propio memorial de Salazar, en el que éste —con más lógica— se acoge, para los efectos del recurso, a la ley actuante cuando se cometieron los delitos. porque aún en el supuesto de que no fuera esa (la 2ª) la causal invocada por el señor apoderado de Salazar, sino otra más pertinente, pero también de la nueva ley (artículo 567), habría que prescindir de uno de los dos memoriales, puesto que no sería posible examinarlos entonces el principio de favorabilidad. Y éste no es el caso presente.

Causales 1ª y 3ª (Ley 118 de 1931)

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

Ya se ha visto cuál es el fundamento de que viene precedida la demanda con respecto a estas causales: que por no existir el fenómeno jurídico de la cuadrilla de malhechores, se aplicó indebidamente la ley penal.

Por cuadrilla de malhechores, delito que el Código Penal Colombiano de 1890 definía en el Capítulo 6º, Título 3º y Libro 2º, se entiende —de acuerdo con los tratadistas y expositores— una asociación ilícita (societas sceleris), organizada bajo la autoridad de un jefe supremo sobre el cual pesa la responsabilidad máxima, porque en él reside principalmente el pensamiento rector y en él se refunde, como en su común principio, toda la actividad criminosa. Esta, que es la idea de Pessina, fue acogida generalmente, y se puede decir que prevaleció en la interpretación de la delincuencia de esa especie.

Son, pues, elementos de la cuadrilla de malhechores o "banda", los siguientes: una asociación; un número de asociados, que varía en las distintas legislaciones (tres por lo menos para el Código Penal argentino; o dos, por lo menos, para los códigos penales de Francia y de Bélgica; y cinco, por lo menos, para el de Italia); y, además, un propósito permanente u objetivo manifiesto de cometer delitos indeterminados, porque es sólo a esa condición — como dice el tratadista González Roura — como la asociación por sí misma constituye un verdadero peligro para la estabilidad del orden social, y es lo que distingue esta asociación del "complot", el que por tener precisamente como finalidad cometer un delito determinado, es una asociación accidental.

Y en el problema que se está estudiando, en realidad ningún dato contribuye a darle firmeza a la tesis de que Salazar, Quintero y los otros estuvieron unidos por ese lazo indispensable de la organización permanente para un fin común y definido, ni menos que ellos hubieran designado un jefe a cuyas órdenes debían actuar. Sencillamente

se reunieron y decidieron llevar a cabo un plan criminal. Pero este hecho, por más que aparezca rodeado de detalles numerosos (disfraces, armas, etc.), no indica que se tratara de una cuadrilla establecida y organizada. Precisamente lo que se desprende de esos preparativos casi de emergencia y acordados de momento, es todo lo contrario, o sea, que accidentalmente unieron sus voluntades para consumar un atentado que tuvo las lamentables consecuencias que ya se conocen.

Sin embargo, el reconocimiento del error de apreciación de los juzgadores tiene un efecto que pudiera llamarse ilusorio o írrito para los procesados recurrentes. Porque si procede absolverlos por este cargo de cuadrilleros, la sanción impuesta no habrá de disminuírse, pues no hay base de la cual partir para poder hacerlo. El Tribunal no hizo un cómputo total, como resultado de una discriminación parcial. Sencillamente, en vista de que dos no más de los delitos ejecutados alcanzaban el límite penal permitido, fijó éste, ante la imposibilidad de traspasarlo. (Artículo 71, Código Penal de 1890).

Cinco fueron las infracciones: tres homicidios, una persona gravemente lesionada, y robo. Salazar y Quintero, son, además, reincidentes. Aquél había sido condenado en sentencia de 29 de noviembre de 1935 y 6 de mayo de 1936 del Juzgado 4º Penal del Circuito del Socorro y del Tribunal Superior de San Gil, respectivamente, a la sanción principal de dos años de presidio, por hurto (abigeato); y éste, condenado también en sentencias de 22 de agosto y 30 de octubre de 1931, del Juzgado 2º Superior del Socorro y del Tribunal ya nombrado, a la sanción de nueve años de presidio por el delito de violencia carnal. Y de ahí que al descartar una de aquellas infracciones, no se afecte la consecuencia punitiva.

Es verdad que conforme al Código Penal vigente la sanción máxima que como principal se puede imponer es, conforme al artículo 45 y como ya lo ha expresado la Corte en una sentencia muy bien explicada que se publicó en la Gaceta Judicial número 1983, edición de mayo 1942, páginas 135 a 148, la de veinticuatro años de presidio. Pero como los delitos de que aquí se trata fueron más de cuatro, habría, al aplicar la nueva ley penal, que imponer como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal por un número de años no menor de dos ni mayor de diez, de acuerdo con el artículo 33, inciso 2º Y entonces resulta más favorable el Código aplicado, o, lo que es lo mismo, que no es el caso de invalidar el fallo recurrido.

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".

La invalidez la deduce el demandante Salazar de la circunstancia de habérsele llamado a responder por un delito no existente (cuadrilla de malhechores), es decir, de haberse incurrido en la nulidad de que trata el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, que dice:

"Haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, a la época y lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable, o del ofendido".

A Luis Salazar se le abrió causa criminal por los delitos de homicidio, robo y heridas, cometidos en cuadrilla de malhechores. Esta última infracción figuró más bien en calidad de agravante de los hechos realizados. Si se hubiera tratado de uno solo, quizás valdría la objeción, aun cuando no desde el punto de vista del recurrente porque el error no consistió en denominar — genéricamente — un delito de manera distinta a la expresada en la ley, sino en haber tenido como infracción especial algo cuya existencia material no se había comprobado.

Por esa razón se le ha dado valor al fundamento de la causal que versa sobre la apreciación errada del cuerpo del delito.

No equivale a lo mismo imputarle a un infractor la comisión de un delito en lugar de otro, que declararlo responsable de un hecho no realizado. En el primer supuesto hay que reponer el procedimiento, por ser nulo lo actuado desde el auto de proceder en adelante; y en el segundo, debe absolverse al procesado, por inexistencia del delito.

No prospera, pues, 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".

La admisibilidad de esta causal o su pertinencia, mejor dicho, está subordinada a la condición de que la injusticia notoria se haya alegado en las instancias del juicio. Si este punto no ha sido debatido en esa oportunidad, no cabe invocar dicha causal en el recurso de casación.

De manera que como el procesado Salazar no discutió este aspecto del proceso ni en la primera ni en la segunda instancia, ni sobre el particular hizo ninguna solicitud o reclamo, carecía del derecho de plantear esta cuestión ante la Corte, según

ya se ha visto. Y con esto queda dicho que la causal 5ª no tiene fundamento y que, por lo tanto, no debe estudiarse.

Decisión:

Como antes se anunció y aclaró, ninguna influencia favorable va a desprenderse de haberle reconocido fundamento a las causales 1ª y 3ª Así, pues, la Sala se limitará a descartar una figura delictuosa del pliego de cargos formulados a los recurrentes, sin modificar la sanción que a ellos les impuso el sentenciador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal, — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

a).—Absuélvese a los procesados Luis Salazar y Dionisio Quintero del cargo referente a haber formado parte de una cuadrilla de malhechores; y

b).—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, en cuanto condenó a los mismos reos a la sanción máxima y principal de veinticinco años de presidio, como autores de los delitos de homicidio, heridas y robo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasti M. — Julio E. Argüello R., Srio.

EXPLICACION DE LAS RESPUESTAS DEL JURADO—CIRCUNSTANCIA DE MENOR PELIGROSIDAD — CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN EL HECHO — PROVOCACION

1. — El Jurado puede hoy explicar sus respuestas, sin que tenga que contentarse con el simple SI o NO a que antes estaba constreñido (artículos 29 y 37, Ley 4ª de 1943 y 500 del C. de P. P.) Pero no está obligado a emplear términos técnicos de las ciencias jurídicas ni a colocar los hechos dentro de las clasificaciones del Código Penal. Es el juez de derecho el que tiene que acomodar el veredicto a esos términos y clasificaciones, averiguando si una circunstancia anadida por el Tribunal popular a su respuesta califica o especifica el hecho, o si apenas puede ser tomada como de mayor o menor peligrosidad de las contempladas en los artículos 37 y 38 del citado código.

2. — El haber cometido un homicidio en estado de pasión excusable no es circunstancia modificadora del delito, como sí lo son el haberlo perpetrado en riña imprevista (artículo 384) o en estado de ira o de dolor causados por provocación injusta y grave (artículo 28); es apenas circunstancia de menor peligrosidad del agente, que atenúa su responsabilidad (artículo 38, ordinal 3º, C. P.) Así hay que tomar la declaración de que el delincuente obró "dominado por la pasión de los celos", sin que pueda disminuírse el mínimo de la pena señalada en el artículo 362 del código para el homicidio simplemente intencional, supuesto que es distinto el delito ocasionado por la ira o el dolor que produce una provocación injusta y grave, del motivado por una pasión excusable, como en seguida se verá. De acuerdo con el citado artículo 28 del Código Penal, para que el hecho se atenúe por la provocación, se necesita: primero, que haya habido una provocación, es decir, una ofensa al haber o patrimonio físico o moral del ofendido; segundo, que esa ofensa o lesión o provocación sea injusta y grave, esto es, contraria al derecho, no provocada por el mismo ofendido y que tenga cierta entidad que pueda calificarse de grave; tercero, que produzca en el ánimo del ofendido reacción de ira o de dolor, y cuarto, que la persona ofendida cometa el delito como consecuencia directa de la provocación, o sea, que entre el delito y la provocación grave e injusta haya relación de causalidad. El delito cometido por provocación se atenúa, objetivamente, porque el autor de la injuria renuncia en cierto modo a las garantías debidas a sus derechos, y subjetivamente, porque el choque que produce en el ofendido despierta en él la fundamental facultad de reacción que los seres humanos tienen, produciendo, según su temperamento, ya cólera, ya pena o dolor e inhibiendo el poder de control sobre la voluntad. Algún dolo queda, pero es un dolo de ímpetu, que no demuestra generalmente grave peligro social. Por eso apuntaba la Sala en casación de 26 de octubre de 1943, que los proyectos que antecedieron al actual código traían las expresiones, muy propias, por cierto, de "arrebato de ira o de resentimiento", o simplemente de "arrebato de ira" o de "ímpetu de ira o de intenso dolor". Es obvio que la provocación puede sufrirla, ya un sujeto en estado normal, ya quien se halla bajo el influjo de una pasión cualquiera, caso este último en que la reacción será más espontánea y violenta. Para el apasionado y, en particular, para el celoso, nacen y crecen los agravios por palabras o hechos completamente inofensivos impidiendo juzgar las cosas como son en realidad. Pero de todos modos es condición esencial de esta circunstancia atenuante que haya mediado provocación, y no una cualquiera, sino una injusta y grave, como lo exige el código.

La gravedad e injusticia de que hablaba la sentencia citada de la Corte no se puede medir solamente de manera subjetiva, porque como con singular acierto lo dice la Procuraduría, lo que excusa no es la cólera o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor, esto es, la provocación. De lo contrario, todo estado emocional o pasional serviría para atenuar fundamentalmente la gravedad del hecho aun cuando ese estado tuviera el origen más innoble o antisocial que pudiera imaginarse y una tesis tan peligrosa para la sociedad es inadmisible. Si no ha habido provocación injusta y grave de parte de la víctima, si se trata de la reac-

ción de un apasionado sin causa real que la justifique, apenas puede revelar la personalidad más o menos peligrosa del delincuente. Algunos psicólogos consideran la pasión como "emoción en permanencia", según la frase de Ribot; pero otros creen que es más bien una inclinación desordenada y pervertida que paulatinamente va exaltándose y haciéndose exclusiva y ciega hasta llegar a estallar en un momento dado por motivos que en muchos casos podrán ser aparentemente baladíes. Y entonces, según la inclinación exacerbada que ha llevado al crimen, se podrá decir si es indicadora de mayor o menor peligrosidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada).

VISTOS:

Rodolfo Jiménez Quintero fue condenado como responsable del homicidio perpetrado en Carmen Rosa Alvarez el 22 de junio de 1940, en el corregimiento de América, de la jurisdicción municipal de Vélez (Santander), antes de la de Puerto Berrío (Antioquia).

Su apoderado recurrió en casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el tribunal superior de San Gil, el 21 de abril de 1944, por la cual se confirma la del juzgado segundo superior del mismo distrito "en cuanto condena a Jiménez Quintero a la pena de ocho años de presidio y las accesorias allí señaladas".

Hechos. — En el nombrado corregimiento vivía Jiménez Quintero amancebado con Carmen Rosa Alvarez, a quien había conocido en Barrancabermeja Pero no le era fiel su concubina, pues de mujer pública o de la vida airada la califican los declarantes del proceso y el propio Jiménez en su indagatoria manifiesta el disgusto que le producía el hecho de que se fuera "de la casa a beber con cualquier individuo en las cantinas". Esa conducta de Carmen Rosa lo traía desazonado y celoso, como se desprende de varias circunstancias demostradas en los autos. Y fue así como en la noche del 22 de junio del año citado, llegó Jiménez Quintero en estado de embriaguez a una cantina denominada Club Santander, donde Carmen Rosa tomaba cerveza acompañada por Miguel Angel García. Y mientras el mentado García se retiraba de la mesa en que se hallaban a pedir otra cerveza para obsequiar a Jiménez Quintero, éste, sin decir palabra, sacó su revólver y con él disparó sobre la muchacha, atravesándole el corazón. Seguidamente se lo puso sobre la sien derecha y rastrilló el arma varias veces para suicidarse, no sin que pretendiera también disparar sobre un agente de policía que quiso intervenir. Pero como el revólver no le diera fuego, salió huyendo de la cantina, cerca de la cual fue capturado.

Curso procesal del negocio. — Tres audiencias con intervención de jurado se celebraron en el presente negocio:

En la primera el jurado reconoció la imputabilidad material, pero negó el propósito de matar. Lo cual hizo que los jueces de derecho declararan el veredicto claramente contrario a la evidencia de los hechos .

En la segunda el jurado declaró a Jiménez Quintero responsable de un homicidio simplemente intencional, pero el Juzgado anuló la actuación por no haber hecho el cuestionario de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 4ª de 1943, que ya estaba vigente.

En la tercera audiencia el jurado declaró al procesado responsable del homicidio cometido en Carmen Rosa Alvarez, "pero dominado por la pasión de los celos".

El juzgado le aplicó al reo el mínimo de la sanción señalada en el artículo 362 del código penal, ocho años de presidio, pues que no existía en su contra ninguna circunstancia de mayor peligrosidad, y en cambio, obraban en su favor las de menor peligrosidad consistentes en su buena conducta anterior, en la embriaguez no preordenada al delito, en su indigencia y falta de ilustración y en "el haber obrado en un doloroso estado emocional". Pero no admitió que Jiménez Quintero hubiera actuado en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, dado que el conocimiento que tenía de la vida relajada de su compañera hacía imposible la exigencia de una completa fidelidad en el concubinato, que hiciera presumir que el encontrarla con otro hombre constituyera una provocación de la naturaleza exigida por la ley en el particular

El tribunal aceptó la tesis de que la respuesta del jurado "no alcanza a estructurar la excusa del artículo 28 del código penal, ya que el proceso no arroja elementos suficientes para deducir que hubo grave e injusta provocación", pero sí que el infractor había procedido en "estado pasional" producido por el "choque profundo que en el ánimo del procesado obró y produjo la conducta de la mujer que habría de ser su víctima". Aceptó también co-

mo legal al señalamiento de la pena, como ya se dejó advertido.

Demanda de casación. — El representante de Jiménez Quintero interpuso oportunamente recurso de casación contra la sentencia del tribunal de San Gil, alegando la causal tercera del artículo 567 del código de procedimiento penal, o sea, el estar dicha sentencia **en desacuerdo con el veredicto del jurado.**

En efecto, alega el recurrente, el jurado contestó que Jiménez Quintero era responsable, "pero dominado por la pasión de los celos". Y "al contestar en tal forma, quisieron los señores jueces de hecho que al sindicado se le aplicara la sanción disminuída de que trata el artículo 28 del código penal, por creer que, al dar muerte a su amante, estaba en un estado de completa conmoción psíquica que no le permitía ser responsable íntegramente de sus actos". Esto es, aclara la Corte, ha debido entender el tribunal que Jiménez Quintero había obrado en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, que es el caso del artículo 28 invocado, y no considerar la adición del jurado como una circunstancia de menor peligrosidad y el homicidio como simplemente intencional.

Como argumentos de su tesis agrega: que los jurados no saben contestar técnicamente, de acuerdo con los términos legales, las cuestiones que se les someten; que ya otro jurado había negado la intención o propósito de matar; y que los celos constituyen una de las pasiones más absorbentes que en un momento dado hacen reaccionar con violencia a quien los sufre, como lo hizo el procesado al encontrar a su amada en compañía de otro hombre.

Del largo análisis que hace el apoderado del reo, se saca la conclusión de que todo delito perpetrado por quien se halla dominado por los celos tiene como motivo determinante el estado de ira o de dolor causado por provocación grave e injusta, pues para el amante fervoroso cualquier palabra o hecho o una serie de palabras o hechos al parecer insignificantes pueden hacer estallar la pasión, obnubilando su mente y quebrantando los frenos de la censura o control que el hombre tiene en situaciones normales.

La Sala considera:

El jurado puede hoy explicar sus respuestas, sin que tenga que contentarse con el simple SI o NO a que antes estaba constreñido (artículos 29 y 37 de la ley 4ª de 1943 y 500 del c. de p. p.) Pero no está obligado a emplear términos técnicos de las ciencias jurídicas ni a colocar los hechos dentro de las clasificaciones del código penal. Es el juez de derecho el que tiene que acomodar el veredicto a esos términos y clasificaciones, averiguando si una circunstancia añadida por el tribunal popular a su respuesta califica o especifica el hecho, o si apenas puede ser tomada como de mayor o de menor peligrosidad de las contempladas en los artículos 37 y 38 del citado código.

El haber cometido un homicidio en estado de pasión excusable **no es circunstancia modificadora del delito,** como sí lo son el haberle perpetrado en riña imprevista (artículo 384) o en estado de ira o de dolor causados por provocación injusta y grave (artículo 28); es apenas **circunstancia de menor peligrosidad del agente,** que atenúa su responsabilidad (ordinal 3º del artículo 38 del c. p.) Así hay que tomar la declaración de que el delincuente obró "dominado por la pasión de los celos", sin que pueda disminuírse el mínimo de la pena señalada en el artículo 362 del código para el homicidio simplemente intencional, supuesto que es distinto el delito ocasionado por la ira o el dolor que produce una provocación injusta y grave, del motivado por una pasión excusable, como en seguida se verá.

De acuerdo con el citado artículo 28 del código penal, para que el hecho se atenúe por la provocación, se necesita: primero, que haya habido una provocación, es decir, una ofensa al haber o patrimonio físico o moral del ofendido; segundo, que esa ofensa o lesión o provocación sea injusta y sea grave, esto es, contraria al derecho, no provocada por el mismo ofendido y que tenga cierta entidad que pueda calificarse de grave; tercero, que produzca en el ánimo del ofendido reacción de ira o de dolor y cuarto, que la persona ofendida cometa el delito como consecuencia directa de la provocación, o sea, que entre el delito y la provocación grave e injusta haya relación de causalidad.

El delito cometido por provocación se atenúa, objetivamente, porque el autor de la injuria renuncia en cierto modo a las garantías debidas a sus derechos, y subjetivamente, porque el choque que produce en el ofendido despierta en él la fundamental facultad de reacción que los seres humanos tienen, produciendo, según su temperamento, ya cólera, ya pena o dolor e inhibiendo el poder de control sobre la voluntad. Algún dolo queda, pero es un dolo de ímpeto, que no demuestra generalmente grave peligro social. Por eso apuntaba la Sala en casación de 26 de octubre de 1943, que los proyectos que antecedieron al actual código traían las expresiones, muy propias por cierto, de "arrebato de ira o de resentimiento", o simplemente de "arrebato de ira" o de "ímpetu de ira o de intenso dolor. (G. J. números 2001 a 2005, página 448).

Es obvio que la provocación puede sufrirla, ya un sujeto en estado normal, ya quien se halla bajo el influjo de una pasión cualquiera, caso este último en que la reacción será más espontánea y violenta. Para el apasionado y, en particular, para el celoso, nacen y crecen los agravios por palabras o hechos completamente inofensivos, impidiendo juzgar las cosas como son en realidad. Pero de todos modos es condición esencial de esta circunstancia atenuante, que haya mediado provocación, y no una cualquiera, sino una injusta y grave, como la exige el código. 'La gravedad y la injusticia — decía la Corte en el fallo citado — son las condiciones que exige la ley para que la provocación constituya la atenuante de la responsabilidad". Pero esa gravedad e injusticia no se puede medir solamente de manera subjetiva, porque como con singular acierto lo dice la Procuraduría, lo que excusa no es la cólera o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor, esto es, la provocación. De lo contrario, todo estado emocional o pasional serviría para atenuar fundamentalmente la gravedad del hecho aun cuando ese estado tuviera el origen más innoble o antisocial que pudiera imaginarse y una tesis tan peligrosa para la sociedad es inadmisible.

Si no ha habido provocación injusta y grave de parte de la víctima, si se trata de la reacción de un apasionado sin causa real que la justifique, apenas puede revelar la personalidad más o menos peligrosa del delincuente. Algunos psicológos consideran la pasión como **"emoción** en permanencia", según la frase de Ribot; pero otros creen que es más bien una **inclinación** desordenada y pervertida que, paulatinamente va exaltándose y haciéndose exclusiva y ciega hasta llegar a estallar en un momento dado por motivos que en muchos casos podrán ser aparentemente baladíes. Y entonces, según la inclinación exacerbada que ha llevado al crimen, se podrá decir si es indicadora de mayor o menor peligrosidad.

"En el presente caso — expresa el ministerio público — aun suponiendo que la presencia de Carmen Rosa Alvarez en la cantina del Club Santander y el hecho de tomar allí algunas cervezas en compañía de Miguel Angel García, constituyese una ofensa para el acusado, con todo, esa actitud de la mujer no admite el calificativo de grave e injusta para Jiménez, sencillamente porque entre los dos no existía ningún vínculo jurídico que obligase a Carmen Rosa a guardar un comportamiento social ceñido a la más estricta dignidad y decoro. No. Su profesión de mujer licenciosa y amante de las bebidas alcohólicas, la llevaban necesariamente a esa clase de conducta relajada que, por otra parte, no era desconocida de Jiménez. El bien sabía cuál era el modo de conducirse esa mujer ante los demás hombres".

Lo que resulta indudable del proceso es que Rodolfo Jiménez mató a su amante en un arrebato pasional, dominado por los celos, al verla, contra su prohibición, en compañía de otro hombre y tomando bebidas embriagantes. Su afectividad estaba profundamente trastornada en el momento del homicidio, como lo demuestra el estado de tristeza en que se hallaba por los desvíos amorosos de su concubina (declaraciones de Inés Patiño, f. 9, y Carlos A. Cardozo, 17) y el hecho de que hubiera querido suicidarse luégo de matarla, que es manifestación típica de delito pasional. Eso fue lo que reconoció el jurado, como lo anota el ministerio público; pero sin que en el veredicto se hubiera hecho constar elementos necesarios de la circunstancia modificadora que se comenta, es a saber, la gravedad de la provocación y su injusticia.

Y no es que el jurado desconociese o ignorase la consecuencia legal de su declaración, puesto que, como se hace notar en la vista fiscal, la tarea del señor apoderado consistió precisamente en llevar a la conciencia de los jueces de hecho el convencimiento de que Jiménez Quintero había obrado dentro de las condiciones especiales del artículo 28 del código penal, como se ve de este aparte del acta de la audiencia pública:

"Y después de otras diversas consideraciones tendientes a demostrar la irresponsabilidad del acusado, termina (el señor defensor) diciendo que en el caso de que el jurado quiera mostrarse rigorista, debe contestar el cuestionario así: 'Sí, pero en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación' ".

"'En tal virtud — dice la Procuraduría — el pensamiento de los jueces de conciencia fue el de rechazar la tesis sustentada por el defensor y el de recooncer la realidad de los hechos, o sea, que Jiménez mató a Carmen Rosa Alvarez cuando estaba dominado por la pasión de los celos. Salirse de allí para reconocer otras modalidades que no afirmó el jurado, sería tanto como desconocer el veredicto e incurrir, entonces sí, en el motivo de casación que alega la defensa".

En resumen, el jurado reconoció un estado pasional, de aspecto meramente psicológico, que bien pudo tomarse como circunstancia que con otras hizo pensar en una personalidad poco peligrosa en el procesado y concluír en la aplicación del mínimo de la pena señalada para el homicidio. Pero no una provocación que hubiera tenido repercusión en la estructura jurídica del hecho, para co-

locarlo dentro de los términos de la disposición invocada como pertinente al caso.

No hubo, pues, desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado y, por tanto, no puede prosperar la causal de casación alegada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — de acuerdo con el concepto del ministerio público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del veintiuno de abril del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de San Gil contra Rodolfo Jiménez Quintero y de que se ha venido hablando.

Notifíquese, cópiese, devuélvase y publíquese en la Gaceta Judicial.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello, Srio.

LA COPARTICIPACION CRIMINOSA Y LA COMPLICIDAD CORRELATIVA

I. — Entre la coparticipación criminosa y la complicidad correlativa no hay contradicción, al menos que esta figura se aplique a casos en que el grado de participación de cada uno de los copartícipes se haya determinado en el proceso.

III. — La complicidad correlativa, más que una excepción de la coparticipación delictuosa, es una modalidad de dicha figura, lo que no implica contradicción entre una y otra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto primero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

El abogado doctor Manuel Serrano Blanco, defensor de Juan (o Juan Bautista o Juan de Dios) Lizcano y de Crescenciano Herrera, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, del 13 de marzo de 1944, por la cual — con aplicación de los artículos 363 y 385 del Código Penal — fueron condenados, Lizcano a la pena de diez y seis años de presidio, y Herrera a la de doce años, también de presidio, como autores de homicidio en la persona de David Rodríguez Villamizar, cometido en las primeras horas de la mañana del 25 de diciembre de 1939, en la población de Piedecuesta, Departamento de Santander.

Admitido que fue el recurso mediante auto del 12 de junio del año pasado, los procesados Lizcano y Herrera confirieron poder al abogado doctor Carlos Arturo Díaz quien, dentro del término legal, formuló la respectiva demanda que el Procurador Delegado en lo Penal, previo análisis de las causales alegadas (primera, tercera, cuarta y séptima) consideró fundada, al menos parcialmente, y terminó solicitando la invalidación de la sentencia, con fundamento en la primera, en el sentido de reducir a diez años la pena impuesta a Lizcano, y a siete años y medio la impuesta a Herrera.

Expuesto lo anterior, la Corte procede al estudio del recurso, previo resumen de los hechos y de las actuaciones judiciales que culminaron en la sentencia recurrida.

I. — Resumen de los hechos

David Rodríguez, quien vivía con su familia en el sitio de "Chíngora" (Municipio de Piedecuesta) resolvió asistir, con su esposa e hijos, a las festividades religiosas de la Nochebuena del año de 193 que habían de celebrarse en la Iglesia Parroquial de Piedecuesta, población a la cual llegó de siete a siete y media de la noche del 24 de diciembre de aquel año, en compañía de su esposa Anita Rivera, de sus hijos menores Ambrosio, Elvia y Carlina Rodríguez y de su cuñado Librado Rivera, todos los cuales se hospedaron en casa de Juan Rivera hasta que llegó la hora de media noche, en que se dirigieron a la iglesia y después de asistir a la misa de Navidad regresaron a la casa del mencionado Juan.

En el trayecto entre esta casa y la iglesia, se detuvieron a ver un baile en la residencia de Luis Angarita, pero David y su hijo Ambrosio y Juan resolvieron quedarse allí algunos minutos, mientras Anita y sus niñas continuaron su viaje hasta la casa de Juan. Después de algún tiempo, David, Ambrosio y Juan se fueron a casa de éste, y al pasar por una esquina, vieron a Juan Lizcano recostado contra un poste de la luz y junto a aquél, recostado contra la pared de una casa un individuo desconocido, que después fue identificado como Crescenciano Herrera.

Rodríguez y Rivera les dijeron "adiós!", saludo que Lizcano y Herrera contestaron en tono burlesco, y cuando aquéllos se habían adelantado un poco, oyeron que alguno de los dos (Lizcano o Herrera) dijeron "ese es", o "éste es", e intempestivamente les hicieron varios disparos de revólver. Los agredidos, ante ataque tan imprevisto, corrieron en busca de refugio; y así, Juan Rivera logró entrar a casa de Emilio Méndez, pero David, en la confusión que le produjo el hecho, se extravió y siguió por una calle oscura, llamada la "Calle de la Luz", donde Lizcano y Herrera lo alcanzaron y atacaron a puñal, causándole once heridas en el abdomen, en el tórax y en la cara, de las cuales murió instantes después.

III. — Actuaciones judiciales

Entre las actuaciones judiciales que la Corte debe analizar en virtud de las causales alegadas, se numeran las siguientes:

a) El auto de proceder del Juzgado Superior, del 9 de enero de 1941, contra los procesados Lizcano y Herrera, en el cual el delito fue calificado como homicidio con las circunstancias de los numerales 6 y 7 del artículo 363 (indefensión del occiso y sevicia) y agravado con la del numeral 5º del artículo 37 (preparación ponderada); auto que el 28 de abril del mismo año fue confirmado por el Tribunal Superior;

b) Sorteo total de jurados y sorteos parciales para reemplazar a los señores Germán Silva Azuero, por causa de ausencia, después de iniciadas las audiencias, y Alberto Cadena Serrano, por haber actuado de jurado en otro juicio ante otro Juzgado Superior del mismo Distrito;

c) Cuestiones sometidas al jurado, iguales para Lizcano y Herrera, según las cuales, uno y otro, son responsables de la muerte de Rodríguez, en la ejecución del cual delito procedieron con el propósito de matar y en concurso recíproco con otra persona, sin que fuera posible determinar cuál de ellos fue el autor de las lesiones que produjeron la muerte a Rodríguez, y que fueron contestados afirmativamente;

d) Cuestiones iguales para los dos procesados, según los cuales, Lizcano y Herrera ejecutaron el delito poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, y con sevicia;

e) Sentencia del Juzgado 1º Superior, del 11 de octubre de 1943, por la cual Lizcano y Herrera fueron condenados — con aplicación de los artículos 37 (numeral 5º), y 363 (numerales 5 y 7) y 385 a las siguientes penas: el primero, a doce años de presidio, aumentada en cuatro como homicida reincidente, diez y seis años en total; y el segundo, a doce años también de presidio, y

f) Sentencia del Tribunal Superior, del 13 de marzo del año pasado, por la cual se confirmó la del Juez 1º Superior, y que es la objetada en el presente recurso.

III. — La demanda de casación

El recurrente invoca, como ya se dijo, las causales primera, tercera, cuarta y séptima del artículo 567 del estatuto procesal penal, es decir, la violación de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, la disconformidad de la sentencia con el auto de proceder o con el veredicto del jurado, la violación de la ley procedimental por cuanto se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, y la contradicción del veredicto.

El Procurador Delegado conceptúa que las causales invocadas, excepto la primera, no están fundadas, y termina su muy jurídico estudio solicitando — con base en la causal primera — se invalide la sentencia y, en su lugar, se condene a Lizcano a la pena de diez años de presidio, y a Herrera a la de siete años y medio de la misma pena.

Procede la Sala, en consecuencia, a analizar separadamente cada uno de los motivos de casación, siguiendo el orden sugerido por el Procurador Delegado, en consideración a la escala de importancia de las mencionadas causales.

A) — Nulidad del juicio

Asevera el recurrente que el juicio contra Lizcano y Herrera es nulo, por dos motivos: primero, porque los miembros del jurado señores Alberto Cadena Serrano y Germán Silva Azuero fueron reemplazados ilegalmente, y segundo, porque se incurrió en error relativo al nombre o apellido de los responsables. El estudio de estos motivos presupone, como premisas, el conocimiento del modo como se hicieron los sorteos, y la calidad del error alegado.

B) Nulidad por ilegalidad de los reemplazos

El 11 de marzo de 1942 se verificó el sorteo general de jurados, de cuya acta aparece que fueron sorteados y elegidos los señores Hipólito Pinto, José Ramón Castellanos, Héctor Ruiz Pineda, Germán Silva Azuero y Luis Carlos González Mutis, de los cuales este último fue reemplazado, en el sorteo parcial del 12 de septiembre del mismo año, por su calidad de hermano del juez que dictó auto de proceder, por el señor Alberto Cadena Serrano.

El 14 de noviembre, diez días antes del día fijado para la audiencia, Cadena Serrano, a solicitud propia, fue reemplazado en sorteo parcial, por el señor Francisco Parra, por cuanto que el día 6 había servido el mismo cargo en el Juzgado 2º Superior del mismo Distrito, sin que los procesados ni su defensor hubieran objetado el reemplazo dentro del término legal.

El día 25 de marzo de 1943, durante la celebración de la audiencia pública, el defensor doctor Manuel Serrano Blanco y el apoderado de la parte civil doctor Rodolfo García García, solicitaron se suspendiera mientras se resolvía si los jurados se-

ñores José Ramón Castellanos y Héctor Ruiz Pineda podían continuar actuando, por cuanto habían sido excluídos de la lista de jurados del Juzgado 1º Superior, correspondiente a 1943, ante el cual se juzgaba a Lizcano y Herrera, aunque sí incluídos en la del Juzgado 2º Superior.

El 9 de julio de dicho año — 1943 — el Tribunal Superior confirmó el auto del Juez Superior que negó el impedimento de los mencionados señores Castellanos y Ruiz Pineda, y del cual habían apelado el defensor y el apoderado de la parte civil.

El 9 de agosto, antes de que se fijara fecha para la continuación de la audiciencia, el Juez, fundado en el informe del Secretario, según el cual el jurado señor Germán Silva Azuero se había ausentado de Bucaramanga y fijado su residencia en Bogotá, ordenó reemplazarlo, lo que se verificó al día siguiente, resultando elegido el señor Mario Camargo M., sin que en el acto del sorteo, ni posteriormente, las partes hubieran objetado el reemplazo.

El 4 de octubre de 1944 se verificó la audiencia pública, en la cual actuaron como jurados los señores Ruiz Pineda, Castellanos, Pinto, Parra y Camargo, estos últimos en reemplazo de los señores Cadena y Silva, respectivamente, sin objeción alguna de las partes.

Separadamente se estudian, a continuación, las objeciones a los reemplazos de los jurados señores Cadena y Silva.

En cuanto al primero, el recurrente afirma que fue ilegal, porque si Cadena actuó de jurado el 6 de noviembre en el Juzgado 2º Superior, se ha debido señalar nueva fecha para la audiencia en el Juzgado 1º (ya fijada de antemano para el día 26), y también porque el reemplazo no se hizo dentro del término del artículo 591 (debió referirse al 511) del Código de Procedimiento Penal.

La objeción es infundada por las razones siguientes:

No se trata, aquí, de impedimento, sino de un motivo de excusa de carácter relativo para ser jurado, consistente en haber desempeñado el cargo de jurado en el mismo mes (noviembre de 1943), motivo que surgió este último día, cuando Cadena Serrano hubo de integrar otro jurado, en atención a que la otra audiencia debía realizarse el 26, ya que, aunque primeramente fijada para el 9, fue aplazada, a solicitud del apoderado de la parte civil, para el mencionado día. El derecho de Cadena Serrano a ser eximido de la obligación era, en consecuencia, indiscutible, ya que está consagrado por el artículo 491 del estatuto procesal. Reconocido ese derecho, y reemplazado Cadena el 14 de noviembre no se alcanza a comprender por qué el Juez debía aplazar la audiencia para el mes de diciembre de 1942, o cualquiera de los primeros meses de 1943, obligación ésta no prescrita en norma legal alguna, con tanto mayor razón cuanto que el sustituto de Cadena fue no sólo notificado de su designación sino que oportunamente se le entregó, en traslado, el expediente, antes del 26 de noviembre, día de la audiencia.

El reemplazo de Cadena Serrano tampoco podía haberse verificado el 12 de septiembre, día en que fue designado mediante sorteo parcial, o dentro de los cinco días siguientes, como lo ordenan los artículos 510 y 511 del Código de Procedimiento Penal, por dos razones: primera, porque tales normas se refieren únicamente a los casos de impedimento de las personas mencionadas en los artículos 492 a 496, y Cadena no estaba en tales circunstancias, esto es, no estaba impedido; y segunda, porque, como ya se dijo, se trataba de un motivo de excusa que sólo apareció posteriormente, el 6 de noviembre.

Además, como lo observa el Procurador Delegado en lo Penal, si a Cadena Serrano no se hubiera reemplazado, se habría incurrido, entonces sí, en la causal del artículo 199 (numeral 3º) del ya mencionado Código.

En cuanto al reemplazo del señor Silva Azuero, el recurrente lo objeta, por cuanto fue hecho después de iniciadas las audiencias, y la ausencia de Silva certificada por el Secretario — que fue el motivo del reemplazo — obligaba al Juez a citarlo pero no a reemplazarlo, ya que Silva Azuero no se hallaba comprendido dentro de las circunstancias de los artículos 490 y 491, es decir, no lo amparaban ninguno de los motivos de excusas relativas o absolutas, que tales normas determinan.

La objeción al mencionado reemplazo tampoco es fundada, conforme a las razones que a continuación se exponen.

Es cierto que las audiencias en el juicio contra Lizcano y Herrera se iniciaron el 24 de mayo de 1943, y continuaron al día siguiente, con la concurrencia del señor Silva Azuero, audiencias que fueron suspendidas este último día — como se dijo — a petición del defensor y del apoderado de la parte civil mientras se resolvía si los jurados señores Ruiz Pineda y Castellanos, no incluídos en las listas de jurados para 1943, podían seguir actuando, incidente que sólo fue resuelto por el Tribunal Superior, el día 9 de julio del mismo año.

El 9 de agosto, antes de que se fijara el día en

ue debían continuar las audiencias, el Secretario el jurado informó al Juez que el doctor Silva Azueo se había ausentado de la ciudad y fijado su reidencia en Bogotá, donde ejercía el cargo de abo ado de la "Socony", hecho ratificado por miemros de su familia y con la clausura de su bufete rofesional, y sobre el cual informe el Juez fundó u auto ordenando reemplazar al doctor Silva, y ue se cumplió al día siguiente con la designación el señor Mario Camargo, sin que las partes lo hubieran objetado en el acto del sorteo o dentro de los inco días siguientes.

Es cierto que la ausencia de un miembro del jurado no constituye impedimento ni motivo de exusa, pero si esa ausencia no es transitoria sino definitiva, como el caso, no parece razonable que el uez, en detrimento de los derechos de los procesados, hubiera prorrogado indefinidamente la celebración de la audiencia, pudiendo reemplazarlo, en virtud de un claro principio de economía procesal, sin que ello produjera la nulidad del juicio. Esta razón, seguramente ya conocida de defensor y procesados, en una ciudad no muy populosa, como Bucaramanga, debió influír en ellos para que se hubieran inhibido.

La irregularidad que anota el recurrente, aquí sucedida, de que las primeras audiencias se hayan celebrado con unos jurados, y las restantes con otros, impidiendo así que los últimos no hubieran oído la lectura del expediente ni los interrogatorios de los procesados, deja de serlo, pues aquí no hubo otro reemplazo sino el del doctor Silva, y según las actas de la audiencia definitiva celebrada el 4 de octubre de 1943, ésta se inició y realizó como si hubiera sido la única, con observancia de todas las formas propias de tan importante acto, no obstante lo cual se leyeron las actas de las dos sesiones realizadas cinco meses antes, y así — contrariamente a lo que sugiere el recurrente — el nuevo jurado señor Camargo, además de que había leído el expediente, pudo darse cuenta aún más precisa de lo que se dijo y leyó en las sesiones de mayo.

No hay, pues, relación entre la presunta irregularidad alegada y la garantía de imparcialidad del jurado, que es lo que la ley requiere y protege al establecer esta nulidad como sanción de actos procesales relativos a las cualidades de los jueces de conciencia y que relievan incapacidad para el ejercicio de su función legal; y si se aceptara la tesis del recurrente, en relación con el cambio de residencia de un jurado, no se podría reemplazar al que, posteriormente al sorteo y en virtud de la constitución de un acto civil lícito o de una emergencia imprevista como el de una enemistad grave por ejemplo, se vinculara a alguna de las personas que intervienen en un proceso, incapacitándolo así para integrar el jurado.

Lo expuesto hasta aquí, además de las razones del Procurador Delegado, respaldan la conclusión de que el reemplazo de los señores Cadena y Silva no infringió las prescripciones de los artículos 510 y 511 del estatuto procesal penal y de que, en consecuencia, no se incurrió en la nulidad del artículo 199 (numeral 3º), del mismo estatuto.

B) Nulidad por error en el nombre y apellido de los responsables

Supone el recurrente, además, que el juicio es nulo, de acuerdo con el artículo 198 (numeral 8º) del mencionado estatuto, es decir, que se incurrió en error relativo al nombre o apellido de los responsables, porque en cada una de las cuestiones propuestas al jurado, se preguntó si uno y otro, Lizcano y Herrera, dieron muerte a David Rodríguez "en concurso recíproco con otra persona", sin determinar cuál fue esta otra persona.

Lo que objeta el recurrente es que en el cuestionario relativo a Lizcano no se hubiera dicho "en concurso recíproco con Crescenciano Herrera", y que, igualmente, en el relativo a éste no se hubiera dicho "en concurso recíproco con Juan Lizcano". Y de estas omisiones deduce que si, según el auto de proceder los únicos responsables son Lizcano y Herrera, y en los cuestionarios se les hace aparecer a cada uno "en concurso recíproco con otro", que no se determinan, quiere decir que los responsables son cuatro y que, en consecuencia, hubo error en cuanto al nombre y apellido de las personas responsables.

El recurrente, como se ve, no afirma que hubo error en cuanto al nombre y apellido de Juan Lizcano y Crescenciano Herrera, sino en cuanto a esos "otros" con cuyo concurso recíproco — según los cuestionarios — aquéllos ultimaron a Rodríguez, hipótesis ésta en absoluta y total disconformidad con los datos del proceso, ya que la identidad de los responsables Lizcano y Herrera está probada con plenitud, y en ninguna parte se hizo la menor referencia a que fueran otros, y nó ellos, los homicidas, si nó es la tentativa de coartada a que recurrieron en un principio y cuya prueba no lograron, en forma alguna, organizar ni crear. Y menos apareció, al través del proceso que Lizcano hubiera dado muerte a Rodríguez en concurso con persona distinta a Herrera, o éste en concurso con persona distinta a Lizcano; contrariamente, Lizcano y Herrera

fueron identificados desde las primeras diligencias del sumario como los autores — en concurso — de la infracción.

El error en el nombre y apellido de las responsables — que la ley procesal erige en causal de nulidad — no es, precisamente, la omisión que el Juez cometió al redactar los cuestionarios, consistente en no haber nombrado a Herrera como participante en el cuestionario relativo a Lizcano, ni a éste en el relativo a Herrera, y que si puede sugerir una duda, no sería la de que a Lizcano y Herrera se les identificara con nombres y apellidos errados o distintos a los que confesaron en sus indagatorias o se mencionaron en los demás actos del proceso, ni la de que se les confundió con homónimos a quienes se pudo también, por esa circunstancia, haberles imputado la transgresión, creando — entonces sí — una duda sobre la identidad de los responsables, hipótesis que no es la planteada por el recurrente ni la aquí existente. No se incurrió, en consecuencia, en el error alegado.

Y como ninguna de las causales de nulidad alegadas fue probada, la cuarta causal de casación no prospera.

B) Disconformidad de la sentencia con el auto de proceder

Aquí, como en la causal cuarta, insiste el recurrente en la irregularidad relativa a la mención, en los cuestionarios, del "concurso recíproco con otra persona", pero ya para deducir el argumento que lo lleva a querer fundar otra de las causales alegadas, la tercera.

El Tribunal Superior — según la demanda — condenó a Lizcano y Herrera ciñéndose al veredicto del jurado, y como en los cuestionarios propuestos para cada uno se incluyó el concurso recíproco, sin que en el relativo a Lizcano se hubiera nombrado a Herrera, ni en el relativo a éste se hubiera nombrado a aquél, y sin que en el auto de proceder se hubiera mencionado tal concurso, la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en tal auto.

Parte el recurrente, como se ve, de omisiones de carácter meramente adjetivo que en nada desvirtúan la relación procesal entre el veredicto y el auto de proceder, o entre éste y la sentencia.

Ni el Juez ni el Tribunal, es cierto, usaron de la derogada fórmula del "concurso recíproco" en las providencias en que uno y otro calificaron el delito, y que el primero, reviviéndola tan inoportunamente, sí adoptó en los cuestionarios; pero su omisión en los autos de proceder no prueba que el grado de participación principal de Lizcano y Herrera en la muerte de Rodríguez, clara y expresamente determinada en aquellos autos, se haya modificado mediante la inclusión, en los cuestionarios, de la fórmula clásica de 1890, ni menos que en éstos se haya planteado un nuevo cargo no mencionado en la calificación del delito.

"Lizcano y Herrera — dice el auto de proceder de primer grado — responderán en juicio criminal por un delito de homicidio agravado con las circunstancias de la alevosía y la de sevicia que lo elevan a la categoría de asesinato, y ambos tienen la misma responsabilidad por cuanto los dos tomaron parte en la comisión del homicidio y no se ha podido determinar su autor, lo que los coloca dentro de la complicidad correlativa que establece el Código Penal vigente".

"'Los procesados Lizcano y Herrera — confirmó el Tribunal — son responsables de haber dado muerte a David Rodríguez, con el propósito de matarlo, con alevosía y sevicia".

De estas transcripciones se deduce la inexistencia de la disconformidad, que el recurrente supone, entre el auto de proceder y el veredicto y, entre aquél y la sentencia.

La otra hipótesis, también presentada por el recurrente en favor de la mencionada disconformidad, según la cual la expresión del "concurso recíproco con otra persona" incluída en los cuestionarios con omisión del nombre de esa "otra persona" con cuyo "concurso recíproco" Lizcano y Herrera ultimaron a Rodríguez, es — la hipótesis — menos aceptable. Es cierto que el Juez ha debido añadir, en el cuestionario relativo a Lizcano, que éste cometió su delito en concurso con Herrera, y en el relativo a éste, que lo cometió en concurso con Lizcano, pero esta omisión no puede interpretarse en el sentido de que haya otros dos participantes desconocidos ni de que, como no fueron éstos identificados ni nombrados en el auto de proceder, aparezcan en los cuestionarios cuatro responsables y, por consiguiente, de que tal hecho reafirme la disconformidad tántas veces alegada.

La sentencia, pues, está de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y con el veredicto del jurado, y la causal invocada — la tercera — tampoco ha sido probada.

C) El veredicto contradictorio

El estudio de esta causal — la séptima — presupone el conocimiento de los cuestionarios y de las respuestas que a ellos dio el jurado.

Tanto para Lizcano como para Herrera, el Juez propuso, separadamente en relación con cada uno de

ellos, si era "responsable de la muerte violenta de David Rodríguez, ocasionada por medio de heridas de arma cortante y punzante, en la noche del 24 de diciembre de 1939, en el área de la población de Piedecuesta, y si en la ejecución de este hecho procedió el acusado con el propósito de matar y en concurso recíproco con otra persona, sin que fuera posible determinar cuál de ellos fue el autor de las lesiones que le produjeron la muerte al citado Rodríguez".

El jurado respondió, a cada uno de los cuestionarios relativos a Lizcano y Herrera, lo siguiente: "Sí es responsable, sin que sea posible determinar cuál de ellos fue el autor de las lesiones que le produjeron la muerte al citado Rodríguez".

El recurrente afirma que el Tribunal dictó su sentencia sobre este veredicto, que supone contradictorio, por las siguientes razones que la Corte resume: primera, que el concurso y la complicidad correlativa que aceptó el jurado se excluyen entre sí; segunda, que ésta constituye la excepción de aquél, y tercera, que no se probó el grado de participación de los responsables.

Antes de hacer el análisis concreto de las objeciones del recurrente, la Corte cree oportuno anticipar algunos datos sobre las figuras del concurso recíproco y de la complicidad llamada "correlativa", con el ánimo de ilustrar históricamente aquellas nociones y considerarlas después en relación con el estatuto penal vigente.

La expresión de "concurso recíproco" que, contra la técnica jurídica actual, incluyó el Juez Superior de Bucaramanga en los cuestionarios relativos a Lizcano y Herrera, fue incorporada por los legisladores de 1890 para significar la participación de dos o más personas, en calidad de autores, en la comisión de un delito, ya que, según los mismos legisladores, cualquiera otra participación criminosa debía comprenderse en una de las figuras de la complicidad o del auxilio. Y como la norma se aplicaba con un rígido criterio objetivo, el de la ejecución o participación material o física en el delito, la confusión de cómplices y autores en los delitos colectivos, conducía o la absolución o a la sanción de cómplices como autores o de autores como cómplices, resultados éstos en pugna con los fines de la justicia penal.

Para obviar esta anomalía, la Ley 109 de 1922, fundada en el proyecto de Código Penal del doctor Concha, también de orientación clásica, reprodujo la norma del Código italiano de 1889, y en su artículo 324 prescribió que cuando varios individuos tomaran parte en la ejecución de un delito de homicidio o lesiones, si nó se conocía cuál fuera el autor de aquél o de éstas, todos incurrirían en las penas señaladas para tales delitos, según el caso, con disminución de una tercera parte a la mitad, y a la reclusión fija de treinta años debía sustituírse la de diez a quince años.

La Comisión Revisora de 1925 excluyó aquella norma, con la siguiente razón: "Como el Derecho Penal moderno tiende a quitarle a las penas el carácter de aberrantes que en otras épocas tuvieron, y como es principio inconcuso del Derecho Público moderno el de que no puede imponerse pena sin que esté demostrada la responsabilidad del procesado en el hecho que se le imputa, considera la Comisión que este artículo (el 324 de la Ley 109 de 1922) debe suprimirse".

La Comisión Penal italiana, en el artículo 302 de su proyecto, reprodujo el mencionado artículo 324, pero únicamente para el caso en que el homicidio o las lesiones se causaran en riña.

Posteriormente, la Comisión de Reforma Penal y Penitenciaria que elaboró el Código Penal vigente, adoptó la norma de la Comisión italiana, dividiéndola en dos: una (artículo 384), para el caso de homicidio o lesiones cometidos en riña imprevista con exclusión de la coparticipación, y otra (artículo 385), para el de la coparticipación de varias personas en el delito cuando no fuere posible determinar su autor. Es decir, se reprodujo la norma del Código de Zanardelli, ya excluida en el proyecto de la Comisión Revisora y también en el de Rocco que sustituyó al de Zanardelli, no obstante que los miembros de la Comisión de 1935 estuvieron de acuerdo en que la norma del artículo 385 venía a destruír la teoría de la complicidad.

El fundamento de este artículo — explicó la Comisión — es evitar el riesgo de que el cómplice pueda ser sancionado con la misma pena que corresponde al autor, lo que entrañaría una injusticia, aunque el autor — si su responsabilidad no se prueba — podría serlo como cómplice, pero excluyendo entonces otro riesgo que es el de la impunidad, como sucedía durante la vigencia del antiguo Código; riesgos éstos que — según la escuela positivista — no existen si se adopta el criterio subjetivo de la peligrosidad en vez del objetivo de la participación material o física.

Explicado lo anterior, a título de mera ilustración, se analiza en seguida el problema que el recurrente ha planteado a la Corte.

Entre el concurso o coparticipación criminosa y la complicidad correlativa no hay contradicción sino cuando se aplica ésta a aquellos casos en que se ha precisado, plenamente, el grado de participación de cada uno de los agentes en el delito, pero nó cuando la prueba es tan insuficiente o incompleta, que haya confusión entre autores principales y secunda-

rios; así, pues, no es jurídica la objeción según la cual en este proceso no se sabe cuál es el grado de participación de Lizcano y Herrera en la muerte de Rodríguez, para de ello deducir la contradicción, por cuanto si se desconoce tal grado, se aplica el artículo 385, y en caso contrario, la que corresponda al grado de participación (artículos 19 y 20).

La tesis de que la complicidad correlativa constituye una excepción del concurso o coparticipación criminosa, puede ser cierta, pero tampoco sugiere, como consecuencia, la contradicción, ya que la primera no es aplicable sino en los casos de concurso; y más que excepción, es una modalidad de éste, que equipara el autor a cómplice, cuando se desconoce el autor. Prueba de ello es que la ley fija la misma pena para la complicidad común y para la correlativa.

La contradicción del veredicto -- según doctrina de la Corte no aún revisada — como causal de casación, exige que entre las respuestas a los cuestionarios se haya producido tal hecho, de modo que aceptada una no se puede aceptar la otra, por el carácter de excluyente entre sí, y ello — al menos en este veredicto — no sucede así.

No quiere decir lo anterior que no esté claramente probada la coparticipación material de Lizcano y Herrera en la muerte de Rodríguez, lo que habría podido llevar a los falladores a ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, si no por la contradicción alegada, que no existe ni aquí ni en la doctrina, sí por la existente entre el veredicto, que adoptó la complicidad correlativa, y los datos del proceso que claramente precisan la coparticipación, como autores materiales del delito, de Lizcano y Herrera; pero esta observación, como es lógico, ni incide ni puede incidir en la solución que adopta la Corte.

No está, pues, fundada la causal séptima, y no prospera, en consecuencia.

D) La violación de la ley penal

Dos son las objeciones que hace el recurrente, en relación con la causal primera:

a) Que el Tribunal no podía agravar — como agravó — la responsabilidad de los procesados, aplicando la preparación ponderada del delito, como circunstancia de mayor peligrosidad, en calidad de sustitutiva de la premeditación como elemento del asesinato, y

b) Que, no existiendo circunstancias de mayor peligrosidad, como no existen, la pena es la mínima que fija el artículo 363 reducida al mínimo también del artículo 385, es decir, siete años y medio.

Separadamente analiza la Corte las objeciones a la sentencia recurrida.

En cuanto a las razones que tuvieron los falladores de instancia para sustituír la premeditación por la preparación ponderada, conviene trascribir las razones que expusieron.

"Los sindicados — dijo el Juez Superior en el auto de proceder — atacaron de improviso y repentinamente a los Rodríguez y Rivera, cuando éstos volteaban la calle, después de cruzarse un saludo, lo cual, unido a la falta de un móvil siquiera futil, a la persecución que hubo en el ataque y a la actitud de espera en que desde horas atrás permanecieron, indica que ellos de antemano estaban pensando fríamente lo que iban a hacer, esto es, que obraron con resolución antelada, fría y persistente, o lo que es mejor, con premeditación, pero como se ignora si el acto lo ejecutaron por su cuenta y riesgo. por orden, mandato o consejo, por un instinto meramente perverso, por error o para preparar, facilitar o consumar un delito distinto, conclúyese que la premeditación no puede tomarse en cuenta como circunstancia específica que varíe la denominación del delito, porque no hay prueba de que los motivos que guiaran la voluntad de los responsables fueran bajos o innobles, hechos sin los cuales la ley no eleva el homicidio a asesinato. Por lo tanto, esta agravante que se estudia deja de ser esencial para convertirse en ordinaria, cual es la de la preparación ponderada del delito. Y ello es así porque volviendo al caso, no se sabe si la actuación fuera un caso de venganza de un mal no conocido, o que se trate, como ya se insinuó, de dos criminales instintivos. Colocados los hechos dentro de este plano de duda, al juzgador no le es permitido formular un cargo de esta naturaleza, por mera vía de conjeturas y posibilidades".

El Tribunal, en su auto de proceder, se cuidó de hacer referencia a la preparación ponderada del delito, no obstante que aceptó la tesis de la inexistencia de la premeditación.

En la sentencia de primer grado, después de reproducir la parte del auto de proceder ya trascrita, se dijo:

"Ya el juzgado, en el llamamiento a juicio, si bien descartó, en aparte trascrito, el cargo de premeditación como constitutivo de asesinato, por no haberse establecido que ella obedeciera a motivos innobles o fútiles, no la excluyó como hecho real y evidente, deducible de los incidentes conocidos que precedieron a la perpetración del homicidio, y advirtió que sí debía tenerse en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad, por cuanto llegó a implicar una preparación ponderada del delito".

En la sentencia, de igual modo que en el auto le proceder, el Tribunal Superior, sin análisis ni ex-

plicación alguna, acoge la tesis del Juzgado, y apenas se refiere a ella para considerarla como factor obligado en el cómputo de la pena.

El Tribunal Superior — como se deduce de las anteriores trascripciones y referencias — acepta que la inexistencia de la premeditación, en la figura en que la ley le da carácter de elemento constitutivo del asesinato, es decir, acompañada de motivos innobles o bajos, pero la desplazó hacia la preparación ponderada del delito, tesis que, tal como se ha formulado, envuelve una errada e indebida aplicación de la ley penal.

La premeditación, lo mismo que la preparación ponderada, deben haber sido deducidas de un conjunto de elementos que las precisen e individualicen con toda claridad, y que si son análogas — en principio — no quiere decir que la prueba incompleta de la primera constituya obligadamente la prueba completa de la otra como el Tribunal Superior, fundado en el auto de proceder, lo ha afirmado. La preparación ponderada, considerada como circunstancia de mayor peligrosidad, requiere la existencia de un proceso coordinado de hechos, imputables a los procesados, dirigidos todos a la ejecución del delito, en una relación de lógica causalidad, y si es cierto que la preparación ponderada puede ser uno de los elementos de la premeditación, ello no significa que descartada ésta se configure aquélla, al menos que del proceso resulte inequívocamente establecida.

En el presente caso no hay dato alguno que revele la intención, la resolución y la consiguiente preparación del delito, menos en la forma ponderada que requiere la ley, para poder agravar la responsabilidad de las procesados; añádase a esto el desconocimiento del móvil determinante del delito, que impedía a los falladores fijar el punto de partida del **iter criminis** que podría haberlos orientado o guiado para la investigación de los actos preparatorios del delito.

La aplicación de la mencionada circunstancia de mayor peligrosidad, como sustitutiva de la premeditación, significa, por lo tanto, que el Tribunal aplicó indebida y erradamente la ley penal.

La conclusión a que se ha llegado implica, como consecuencia, una reforma de la pena impuesta a los procesados y así lo pide el Procurador Delegado, de acuerdo con la objeción del recurrente.

El Tribunal Superior sancionó a Lizcano y Herrera, en la forma siguiente: tomó como base el mínimo del artículo 363, quince años, que aumentó a diez y ocho, en consideración a los numerales 5 y 7 de aquel artículo (indefensión y sevicia) y al numeral 5º del artículo 37 (preparación ponderada), pena que redujo a doce años (tercera parte de diez y ocho) en virtud del artículo 385; total doce años para Herrera, y diez y seis para Lizcano, con el aumento de cuatro años (tercera parte de doce) por causa de reincidencia.

Descartada la circunstancia de mayor peligrosidad — afirman Procurador y recurrente — la reducción que obliga el artículo 385 es de la mitad y debe hacerse sobre el mínimo del artículo 363 y no sobre diez y ocho años, de modo que la pena para Herrera es de siete años y medio, y de doce para Lizcano, con el aumento de la tercera parte de siete y medio por la reincidencia.

La Corte coincide con el Procurador Delegado en que la existencia de la circunstancia de mayor peligrosidad obliga a una disminución de la pena, pero nó hasta el límite que fija, dadas la gravedad y modalidades del delito, sus varios elementos constitutivos, y la peligrosidad de los procesados, especialmente de Lizcano. Tomando, pues, como base la pena de diez y ocho años de presidio por el asesinato, les corresponden nueve años a Herrera y doce a Lizcano, ya que la existencia de aquellos factores no puede justificar el mínimo del artículo 363 como base justa y equitativa para la aplicación del artículo 385, y con tanto mayor razón cuanto que — como ya se dijo — la coparticipación criminosa de los procesados, como autores materiales, no es tan dudosa como para que pueda revestirse, satisfactoriamente, de la figura excepcional de la complicidad correlativa, aceptada en un veredicto cuya firmeza no es dado a la Corte rechazar en este recurso.

El Tribunal Superior, pues, ha aplicado errada e indebidamente la ley penal y, en consecuencia, la sentencia es casable en virtud del numeral 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

E) El fallo

Del anterior estudio se deducen las siguientes conclusiones:

a) El Tribunal Superior de Bucaramanga no dictó su sentencia sobre un juicio viciado de nulidad;

b) La sentencia no está en desacuerdo con los cargos formulados con el auto de proceder ni con el veredicto del jurado, y

c) El mencionado Tribunal Superior aplicó erradamente la ley penal, al sustituír la premeditación por la preparación ponderada del delito.

En consecuencia, 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,

RESUELVE:

I. — Invalidar, como en efecto, invalida, la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bucaramanga, del 13 de marzo del año pasado, por la cual condenó — con aplicación de los artículos 363 y 385 del Código Penal — a Juan (Juan Bautista o Juan de Dios) Lizcano y a Crescenciano Herrera, a las penas de diez y seis y doce años de presidio, respectivamente, como responsables del delito de homicidio en la persona de David Rodríguez;

II. — Condenar, como condena, a los mismos Lizcano y Herrera, y por el mismo delito, a las penas de doce y nueve años de presidio, respectivamente, y

III. — Reducir, como en efecto reduce, el período de interdicción de derechos y funciones públicas, al fijado para las penas.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE ROBO.—LOS INDICIOS EN MATERIA PENAL.—CONDUCTA DELICTUOSA ANTERIOR DEL PROCESADO.—PELIGROSIDAD.

1.—La Corte ha querido que las demandas de casación no firmadas por abogados y presentadas para sustentar recursos interpuestos antes de la vigencia de la actual Constitución, se consideren y estudien, puesto que no sería justo impedir el desarrollo de un derecho que fue concedido con la plenitud de las formas legales.

2.—La administración de la justicia en dos instancias es un principio de legalidad que entraña una de las primordiales garantías establecidas por el Estado para que se realice la igualdad ante la justica de todos los asociados. Y este fundamental principio de procedimiento se desvirtúa si los jueces de las instancias toman como base continua de sus decisiones una sola interpretación, cualquiera que sea, puesto que entonces no se llena el objetivo primordial de la doble jurisdicción cual es el de que diferente crítica obre directamente sobre los hechos para poder controvertir las apreciaciones confusas o erradas que en algún caso llegaren a realizarse en el transcurso del proceso.

3.—El indicio es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación incriminatoria. Y no será indicio que pruebe responsabilidad el que necesita, para valer como tal, de la apreciación subjetiva del juzgador, porque en tal caso todas las contingencias y sucesos allegados a la vida de un proceso estarían sometidos, sin lógica ni sana exégesis legal, al arbitrio de las diferentísimas subjetividades de los varios juzgadores del proceso. El hecho que se toma como indicio incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador, no es un indicio sino una sospecha. Y las sospechas no pueden tener jamás fuerza de responsabilidad sino en el caso de que —y entonces se convertirían en indicios— en el plano objetivo tengan estructura de hechos nítidos, los cuales en juego con otras pruebas demuestren una relación de causalidad con el acto delictuoso.

4.—La conducta anterior delictuosa de un procesado es evidentemente un signo de peligrosidad e índice legal que el juzgador toma como demostrativo de la calidad subjetiva antisocial del agente. Pero esta circunstancia no puede en ningún caso entenderse como indicio objetivo de participación sustancial en la comisión de un delito. La peligrosidad es signo de capacidad delictuosa del individuo, pero nunca prueba objetiva de su actividad. Si se tomara en este sentido, la libertad de los hombres, con antecedentes delictuosos pero ya reformados, se vería amenazada por la investigación de cualquier ilícito ya que su anterior conducta sería elemento objetivo de grave imputación. Es necesario dejar aclarado que la peligrosidad es capacidad antisocial del agente pasivo del proceso, la cual se expresa y demuestra por la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y por elementos objetivos de la infracción, circunstancia que permite agravar la responsabilidad para intensificar la sanción pero nunca tenerla como medio cierto para puntualizar o concretar el delito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez A.)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia de fecha once de septiembre del año próximo pasado, condenó a Luis Díaz Pacheco a la pena principal de ocho años de prisión y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de robo, en bienes del señor Emeterio Gutiérrez.

Contra el citado fallo interpuso el reo recurso de casación, el cual fue declarado admisible en la Corte.

Para elaborar la demanda correspondiente, el condenado presentó, dentro del término legal, un escrito, el cual, según concepto del señor Procurador, no debe considerarse como demanda de casación, pues fue firmado por el mismo procesado-recurrente, quien no es abogado, después de estar en vigencia el artículo 71 del Acto Legislativo, Nº 1º, del presente año, norma que impide litigar en causa propia o ajena a la persona que no tenga la calidad de abogado inscrito.

Sin embargo, la Corte ha querido que las demandas de casación no firmadas por abogados y presentadas para sustentar recursos interpuestos antes de la vigencia de la actual Constitución, se consideren y estudien, puesto que no sería justo impedir el desarrollo de un derecho que fue concedido con la plenitud de las formas legales. Por tanto se entra a considerar el memorial del recurrente Díaz Pacheco en el cual invoca las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del C. de P. P.

Los hechos que motivaron el presente asunto sucedieron así:

El señor Emeterio Gutiérrez, comerciante establecido en al ciudad de Cúcuta, se presentó el día diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos a la Oficina de Permanencia de la misma ciudad, con el objeto de formular el siguiente denuncio:

"El martes de la semana pasada, día doce, a eso de las siete y media de la noche estaba sentado frente a la puerta de mi depósito de víveres que mantengo en esta ciudad y que está situado en la calle 11, avenida 8ª y 9ª, cuando me paré por un instante y me fui a la tienda de la esquina a comprar una cerveza como es mi costumbre aprontarla para tomarla en la noche cuando me despierto; al salir de la puerta de la tienda me atajó un sujeto bajito de cuerpo, moreno que conozco perfectamente y me dijo que le hiciera el favor de decirle dónde vivía Dolores Gómez y le respondí que no vivía ninguna Dolores Gómez y seguí, pero el sujeto me prendió de un brazo y me dijo que le dijera qué avenida era esa y le respondí que la diez y seguí hacia mi depósito; al llegar a la puerta de mi negocio, salía de adentro del depósito un hombre joven, de un vestido que en la oscuridad me pareció que era blanco pero sucio, de regular cuerpo quien al encontrarse conmigo, me dijo estas palabras: "Hombre yo creía que Ud. estaba adentro, vengo a que me venda un bulto de azúcar" y le respondí que de cuál quería y el sujeto me respondió que el de a diez libras bulto, cosa mentirosa porque no hay bultos de azúcar para el expendio de diez libras; éste me causó cierta malicia pero al instante de darle yo esta respuesta el sujeto en el acto dijo: "Bueno, voy a ver si lo consigo por allí arriba y salió a paso largo y me dí cuenta que seguidamente iba el sujeto que me había atajado antes para hacerme las preguntas que ya dije; pude darme cuenta que los dos tipos cogieron calle arriba. Examiné a la ligera las cosas, pero al principio no me dí cuenta de que el cajón o gaveta donde eché la plata estaba roto, sólo después de haberme ya acostado y levantarme a tomarme la cerveza, me dí cuenta de que en el suelo había una astilla de la gaveta y me fuí a la gaveta y me dí cuenta de que la habían violentado y que se habían llevado el dinero que tenía ahí en billetes. La suma que se robaron es la de setecientos pesos moneda legal en billetes de veinte pesos, un paquete que tenía quince billetes de veinte pesos, y el resto para quinientos pesos en billetes de cinco pesos y de a peso. En el cajón de adelante de la gaveta, en donde había echado los diarios del lunes y martes habían no menos de doscientos pesos en billetes de distintos valores y también se los sustrajeron; en la misma gaveta había un dinero en sencillo bastante no menos de cincuenta pesos, pero este dinero no lo tocaron..."

Adelantada la investigación se capturó a los señores Luis Díaz Pacheco y José Cruz Hernández, quienes fueron reconocidos por el denunciante, el primero, como la persona que lo detuvo en el trayecto de la tienda a su almacén, y el segundo, como la persona que salía del mismo.

Para probar la preexistencia y consiguiente falta del dinero se aceptaron las declaraciones del propio denunciante, de su hijo y del señor Benito González.

Por medio de inspección ocular se estableció que hubo violencia en el escritorio donde se guardaba el dinero, cuya gaveta principal fue parcialmente astillada y forzada la cerradura.

Como pruebas sobre la responsabilidad de los detenidos se lograron allegar, a través de todo el proceso, las siguientes:

Contra José Cruz Hernández: a) el haber dado explicaciones contradictorias y falsas sobre el origen del dinero que estuvo gastando durante dos días a partir de la fecha en que se inició la investigación, en sumas de alguna importancia y

en desacuerdo con su capacidad económica para comprar ropa, licor, comida y regalos para una mujer y otros compañeros de fiesta. El total de esas sumas más el resto de dinero que se le encontró en el momento de la captura se acercaba a la cantidad desaparecida; y b) el haber sido reconocido por el denunciante como la persona que salía del depósito donde se cometió el robo del dinero.

Contra Luis Díaz Pacheco: a) el reconocimiento que sobre él hizo el denunciante como la persona que le detuvo en la calle; y b) el no haber dado explicación satisfactoria y clara de el sitio donde se hallaba y de la actividad que desempeñaba en la hora en que se cometió el robo.

En contra de ambos sindicados se tuvo en cuenta, igualmente, el indicio dado por el denunciante de que después de efectuado el robo, aquéllos se reunieron tomando la misma vía y, también se consideraron sus antecedentes de conducta francamente delictuosos.

Sobre estos indicios el Juez del conocimiento dictó auto de proceder en contra de Cruz Hernández y de sobreseimiento temporal en favor de Díaz Pacheco.

El Superior revocó el auto de sobreseimiento temporal en favor de Díaz Pacheco ordenando su llamamiento a juicio.

En virtud de esta decisión se separaron las causas contra los dos procesados y el Juez **a quo** condenó a Luis Díaz Pacheco a la pena principal de tres años de prisión y a las accesorias correspondientes, desconociéndose la decisión final contra Cruz Hernández.

Ese proveído fue modificado por el Tribunal aumentando la pena impuesta al condenado a ocho años de prisión.

El recurrente puntualiza sus ataques a la sentencia del Tribunal en la siguiente forma:

Respecto de la primera causal alega que en el auto de enjuiciamiento se le llamó como cómplice partícipe del delito de robo y, en la sentencia, el Tribunal calificó la delincuencia en el más alto grado juzgándolo como agente principal del ilícito lo que está en contradicción con el auto de proceder pues está demostrado en el proceso que no es sino mero participante sin los agravantes que dan base para imponerle la alta pena de ocho años de prisión. Agrega que, según el criterio del Juzgador de instancia, no podría exceder la sanción, al tenor de lo dispuesto por el artículo 20 del C. P., de tres años de prisión y, que por tanto, se hizo una indebida aplicación de la ley penal.

Respecto de la causal segunda afirma: a) que el Tribunal revocó el sobreseimiento temporal dictado en su favor, fundándose únicamente en las afirmaciones testimoniales del denunciante y de su hijo Medardo Gutiérrez, testimonios que son temerarios y contrarios a las reglas de probanza legal; b) que no está probada la preexistencia y consiguiente falta de la suma perdida porque el hijo del denunciante no podía aseverar la existencia del dinero sustraído ya que, según la declaración de Juan Guillén, Medardo Gutiérrez se hallaba ausente, hacía algún tiempo, de la ciudad de Cúcuta y por tanto no podía estar al corriente del dinero que su padre guardaba el día del robo; c) que el reconocimiento hecho en su persona no se verificó conforme a las normas del C. de P. P.; d) que según la relación hecha por el denunciante el "sujeto de cuerpo pequeño" que lo detuvo, por breves instantes mientras se cometía el robo, lo hizo en la calle y no se le encontró en el Almacén, interpelación momentánea que no podría tenerse como ilícito ni siquiera como indicio delictuoso; y e) que el no haberse encontrado en su poder dinero ni haberse probado su trato —anterior o posterior al hecho— ni menos su amistad con Cruz Hernández, ni el haberse establecido claramente sus antecedentes delictuosos, todos son hechos que dan ineficacia a los motivos de incriminación que tuvo en cuenta el Tribunal para condenarlo.

Respecto de la tercera causal dice que la sentencia no está en consonancia con el auto de proceder dictado por el Tribunal puesto que en ese proveído se le llamó a juicio como cómplice y en la sentencia se le condenó como autor principal y material del ilícito.

La Sala observa:

Los ataques del recurrente contra la sentencia del Tribunal intentan conseguir los siguientes objetivos:

1º Que la Corte considere que el Tribunal hizo una errada apreciación de los hechos imputados a Díaz Pacheco atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen para incriminarlo como culpable del robo y, que por tanto, se case la sentencia y se le absuelva, con fundamento en la causal segunda alegada.

2º Que en caso de que no prospere la segunda causal se invalide la misma sentencia, con fundamento en la causal tercera, por desacuerdo del auto de proceder con la sentencia o que, con fun-

damento en la causal primera, la Corte declare que hubo errada aplicación de la ley penal y se le rebaje la sanción impuesta.

Respecto de este último objetivo, la Sala, después de confrontar las afirmaciones hechas por el recurrente con la sentencia impugnada, conceptúa que no prosperan las causales 1ª y 3ª invocadas, porque con la base probatoria considerada por el Tribunal la sanción sí estuvo bien aplicada y, tampoco se estableció desarmonía entre el auto de proceder y la sentencia, ya que ambas providencias hacen expresa mención de que el reo fue enjuiciado y condenado como autor directo del delito.

Pero, en cambio, con fundamento en la causal segunda invocada, la Sala entra a estudiar la sentencia recurrida.

En efecto, veamos cuáles fueron los cargos acumulados, contra el condenado a lo largo de todo el proceso:

a) El detective Víctor M. Berbesí detuvo a Díaz Pacheco, como posible autor del ilícito, por ser, según su expresión, "maleante reconocidísimo";

b) Díaz Pacheco fue reconocido por el denunciante como el "sujeto bajito de cuerpo, moreno" que lo detuvo en la calle mientras se cometía el robo;

c) El procesado, al rendir indagatoria, no supo dar cuenta clara de la actividad que desempeñaba ni del lugar en que se hallaba el día del robo a la hora en que se efectuó el ilícito;

d) El hecho de que Andrés Castillo y Antonio González, a quienes nombró Díaz Pacheco, como personas con las que estuvo en la noche y en las horas en que se verificó el robo, afirmaran que el sindicado se cubría la cara y esquivaba encontrarse con detectives y policías; Díaz Pacheco dio como explicación de estos esguinces, la de que no quería dejarse ver de los hermanos de cierta muchacha que lo buscaban.

A continuación entra la Sala a estudiar el valor probatorio que dieron a estos hechos los conocedores del negocio.

En primer lugar es curioso e interesante observar cómo, sobre una sola interpretación acogida literalmente en todas las etapas del proceso por el Alcalde instructor, el Juez del conocimiento y el Fiscal del Tribunal, esta Entidad fundamentó su providencia de llamamiento a juicio y posteriormente la sentencia condenatoria.

Veamos esa interpretación en sus diferentes etapas:

Cuando los sindicados Cruz Hernández y Díaz Pacheco apelaron de la resolución proferida por la Alcaldía de la ciudad de Cúcuta, por medio de la cual se ordenaba su detención, el Tribunal Superior, después de hacer un relato de los sucesos que ya se expusieron, confirmó tal providencia, basándose en el siguiente análisis de la prueba, del cual se copia lo pertinente a Díaz Pacheco. En primer término transcribe el Tribunal, dentro de su auto, el proveído de la Alcaldía, en el cual se hace este considerando:

"De las piezas que anteriormente se han transcrito aparece una pluralidad de indicios que comprometen en la comisión del delito a los sindicados José Cruz Hernández y Luis Díaz Pacheco. Pero con la sola transcripción de las piezas del sumario no sería suficiente para demostrar el menor o mayor valor probatorio de ellos y por lo tanto deben analizarse cada uno de esos indicios para deducir ese menor y mayor valor probatorio, ya que la ley habla de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o porque se considera que el indicio es grave. Se tiene que el denunciante Gutiérrez desde el primer momento que cayó en la cuenta que había sido víctima de un delito, inculpó a dos individuos desconocidos "formulando la queja correspondiente ante la Oficina de Permanencia la que dio origen a esta investigación. El mismo denunciante dio la filiación de los sindicados, y ya con ésta se procedió a la captura de ellos como aparece del informe detallado rendido por el detective Víctor M. Berbesí, quien capturó más tarde a los citados José Cruz Hernández y Luis Díaz Pacheco; que el mismo denunciante ya en el denuncio formal que rindió posteriormente relata los hechos e individualizó los cargos a cada uno de los sindicados a quienes reconoció legalmente en rueda de detenidos como los mismos sujetos a quienes sindicó desde un principio como autores del robo"... Adelante se agrega: "Sobre la responsabilidad de Díaz Pacheco, existen también indicios que lo comprometen, como son el reconocimiento legal que le hizo el denunciante Gutiérrez de ser él el individuo que en compañía de Hernández efectuó el robo; tampoco ha probado dónde se encontraba el día y hora en que se cometió el delito, porque el testigo González a quien cita para probar esta cuestión, dice que Pacheco subía hacia "Puente Espuma" como a las nueve de la noche del día martes o miércoles. Dice además este testigo, que Pacheco al ver los detectives o la Policía, se agachaba el sombrero y trataba de ocultarse

a la espalda del declarante y su compañero'.

Después el propio Tribunal hace la siguiente consideración: "En lo tocante a la imputabilidad de los sindicados, los diferentes elementos de prueba allegados al expediente, reunen a cabalidad los requisitos del artículo 379 del C. de P. P., para fundamentar el auto de detención preventiva. El reconocimiento en rueda de detenidos hecho por el denunciante en los procesados, constituye un indicio de especial gravedad que acusa en forma directa la participación de éstos en el evento criminoso. A más de ello, los antecedentes delictuosos de los sindicados, y la circunstancia de que uno de ellos se hubiera dado a la tarea de gastar el día siguiente del delito, ingentes cantidades de dinero, en desacuerdo con su capacidad económica, ahora en licor con personas desconocidas para él, ahora en obsequios y dádivas a una mujer enteramente desvinculada a su vida anterior, son otros datos de trascendencia que contribuyen a reforzar la intervención directa de los sindicados en el robo que mencionan los autos".

Al calificar el mérito del sumario, el señor Juez del conocimiento, en providencia de veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y tres dictó auto de proceder en contra de José Cruz Hernández y de sobreseimiento temporal en favor del actual recurrente basándose en el siguiente considerando:

"5º.—Que en contra de Luis Díaz Pacheco no existen las mismas pruebas para llamarlo a juicio pues únicamente contra él existe el indicio del reconocimiento por parte del lesionado con el delito, que siendo indicio grave, no es prueba suficiente para fundamentar el auto de proceder. Así que con respecto a este sindicado ha llegado el momento de dictar sobreseimiento temporal al tenor del artículo 436, ordinal segundo, del C. de P. P."

El Tribunal revocó el sobreseimiento en favor de Díaz Pacheco y ordenó llamarle a juicio mediante un auto en el cual la Sala anota lo siguiente: Después de un somero relato de los sucesos toma el Tribunal, como base de sus considerandos la interpretación de los hechos que estampó el señor Fiscal en su vista pertinente, en la cual, a su vez el señor Agente del Ministerio Público transcribe las argumentaciones y consideraciones hechas anteriormente por el Tribunal en el auto que confirmó la detención decretada por la Alcaldía en contra de los sindicados, resolución que ya estudió la Sala párrafos atrás.

Dijo el Tribunal en su auto de proceder:

"OPINION. FISCAL: Expone el señor Fiscal, A los folios 29 a 40 de la copia obra un detenido estudio hecho por el H. Tribunal sobre el mérito de este proceso. Las posteriores diligencias que en el informativo se practicaron no pueden alterar en nada las conclusiones de ese estudio, pues los nuevos elementos probatorios no favorecen a los sindicados y tienden solamente a corroborar los indicios contra ellos que en esa ocasión se tuvieron en cuenta. El suscrito Fiscal se refiere a ese estudio para pedir, con base en él, que se revoque el sobreseimiento dictado en favor de Díaz Pacheco y en su lugar se dicte a cargo del mismo el respectivo llamamiento a juicio, como se hizo con el sindicado Hernández".

"Tan inmensamente sospechosa fue la actitud de los dos sujetos, que Gutiérrez, antes de darse cuenta de que había sido robado, estuvo preguntando a unos vecinos que si habían notado la salida del hombre de su depósito y el rumbo que tomara. No sabía el nombre de Díaz Pacheco, el que le detuvo en la calle con palabras manifiestamente inconducentes, pero afirma que lo conocía bien y lo reconoció sin vacilar en rueda de presos. El testimonio de Gutiérrez, insospechable, en cuanto a veracidad en los cargos que formula, constituyó el más vehemente indicio contra Díaz P., como partícipe o auxiliador del otro que realizó la sustracción. El plan fue audaz y requería ejecución rápida. Conocida la costumbre que Gutiérrez dice tenía de salir a comprar la cerveza que tomaba de noche, ausentándose de su depósito, era ese el momento escogido para el asalto al almacén; pero se requería alargar un poco más la ausencia, y ese fue el papel confiado a Díaz, quien lo logró realizar con buen éxito en parte, pues bien se ve que se trataba, no siquiera de minutos sino de segundos para que el otro obrara, y así logró apenas ser sorprendido cuando salía del depósito, gracias a la corta demora que el otro logró en el regreso de Gutiérrez, al pararlo a contestar una pregunta, y al tomarlo de un brazo para seguir interrogándolo; de no haber sido así, Hernández hubiera sido descubierto **in fraganti** por Gutiérrez en la ejecución del robo. Ve luego éste que los dos hombres se reunen y siguen calle arriba, lo cual indica su solidaridad y común acuerdo para la realización del ilícito. Y si luego el compañero de Díaz se da a la tarea de hacer crecidos y estrafalarios gastos y se entrega a una prolongada parranda; y si por otros hechos y circunstancias se ve en-

vuelto en diversos indicios que ponen de bulto su responsabilidad, ese indicio cobija al compañero, pues ya queda con esos nuevos hechos corroborada la inferencia sacada antes del testimonio de Gutiérrez, acerca de que los dos sujetos por él acusados fueron los autores de la sustracción, del dinero.

"No dijo ni explicó Díaz, dónde estaba en los momentos del hecho punible cometido a eso de las siete y media de la noche; los testigos que asomó para probar la coartada se refieren a una hora distinta y posterior al hecho del robo. Tiene Díaz, además, el indicio de su capacidad para cometer infracciones como ésta de que se le acusa, pues aparece sindicado en dos delitos más contra la propiedad.

"Devuelvo, pues, los autos, con el concepto, ya anticipado, de que se debe revocar el sobreseimiento, materia de la consulta y en su lugar proferir contra Díaz Pacheco auto de proceder por el delito en referencia".

Adelante el propio Tribunal agrega:

"2º.—Sobre la imputabilidad obra al folio 1 v. el informe del detective Víctor M. Berbesí quien dice que fueron detenidos Luis Díaz Pacheco y José Cruz Hernández, de los cuales el último fue sorprendido cuando tomaba licor en compañía de Fanny Duarte..." Antonio González manifiesta que encontró a Pacheco; que una vez en "Puente Espuma" se le acercó; que le dijo que no había comido; que no tenía dónde dormir; que le indicó el carro; que se fue a dormir allí y que cuando Pacheco veía a los detectives de la Policía se agachaba el sombrero..." 3º.—Fuera de la anterior prueba a que se ha hecho referencia se tiene el reconocimiento que en rueda de presos hace el denunciante de Luis Díaz Pacheco como la persona que trató de sujetarlo por varias veces en la calle mientras el otro ejecutaba el robo. Reconoce también a José Cruz Hernández como la persona que saliera de su establecimiento mientras Díaz Pacheco le llamaba la atención. Obra igualmente en la copia los antecedentes personales de los detenidos en los cuales se pone de presente que ambos tienen cuentas pendientes con la justicia"... E) En consecuencia, es el caso de revocar el sobreseimiento para en su lugar llamar a Luis Díaz Pacheco a responder en juicio criminal por el mismo delito de robo que se le imputa a José Cruz Hernández con quien obró de común acuerdo, según se desprende de la manera como el delito fue consumado. Son coautores conforme a la doctrina del artículo 19 del C. P., ya que no se presenta dato alguno de otra participación que sea la cooperación directa".

En el período del juicio no se allegó ninguna nueva prueba que variara la calificación hecha por el Superior y en este estado el señor Juez Primero Penal del Circuito dictó sentencia condenatoria, en la cual la Sala continúa observando lo siguiente: Después de hacer el redactor del proveído, un relato de los sucesos, se refiere a la responsabilidad del procesado trayendo como fundamento de su argumentación la interpretación incriminativa de los hechos que expuso el señor Fiscal del Tribunal en su vista que procedió al auto de llamamiento a juicio proferido por esa Entidad, concepto que ya se ha transcrito. El sentenciador no agregó ningún razonamiento nuevo a las imputaciones hechas contra Díaz Pacheco, situación que se puede advertir en el resumen incriminatorio que hizo en la sentencia y sobre el cual considera clara la responsabilidad del procesado. Esa síntesis dice así:

"CONSIDERANDOS: 1º.—En el proceso se estableció de manera completa la existencia de un delito de robo en propiedades del señor Emeterio Gutiérrez, hecho consumado en las horas de la noche como a eso de las siete a siete y media del 12 de mayo de 1942, en el área de la población. De los anteriores resultandos se desprendió la conclusión de que el delito efectuado era el de ROBO; delito que sanciona y castiga el Código Penal en su artículo 402.

"2º.—Que hay también indicios reveladores de la responsabilidad de Díaz Pacheco como coautor o cómplice necesario en la ejecución del reato: A) el reconocimiento legal hecho por el ofendido Gutiérrez de ser él el individuo que con preguntas inoportunas lo detuvo en el momento en que se dirigía a su establecimiento; B) no haber dado explicación suficiente de donde se encontraba en la hora en que se cometió este hecho; C) haber sido sindicado varias veces por delitos contra la propiedad. Todo esto al tenor del artículo 206 del C. Penal que establece la fuerza probatoria que tienen las pruebas incompletas cuando se encuentran reunidas en el proceso".

Basado en estos considerandos el Juez del conocimiento condenó a Díaz Pacheco a la pena principal de tres años de prisión.

El Tribunal reformó la sentencia del Juez a que aumentando la pena a ocho años de prisión, decisión que baso en los argumentos incriminatorios que le sirvieron para llamarlo a juicio, transcribiendo de nuevo la vista del señor Fiscal. En

la parte motiva de la sentencia se refiere a la sanción en la siguiente forma:

"SANCION: El mismo Díaz Pacheco confiesa que está procesado por otros delitos contra la propiedad lo que aparece evidenciado con el informe de la O. de la Permanencia y de otras. Fuera de esta circunstancia que acusa mayor peligrosidad, se tiene la de haber obrado mediante la complicidad de otro, previamente concertada, ya que ésta no entra para nada en la constitución del delito, ni como agravante específica según lo preceptuado por los artículos 402, 203 y 398 del C. P. En tanto, aquellas circunstancias están expresamente consideradas como mayor peligrosidad por el artículo 37 id.

"Circunstancia de menor peligrosidad no concurre ninguna. La presunción de la buena conducta queda sin base al considerar los antecedentes por delitos contra la propiedad. De las otras que trae el artículo 38 id. ninguna se puede apreciar, ni otra análoga (artículo 40).

"De consiguiente, dada la norma general del artículo 36 adicionado por el artículo 39, la sanción imponible es la máxima, o sean, seis años de prisión conforme al artículo 402, más el aumento por haberse cometido el delito de noche, que es hasta la mitad de tal sanción, según mandan los artículos 403 y 398 id. Como tal aumento debe estar regido por los mismos principios aplicados para fijar la sanción, se tiene que en este caso debe ser el máximo tal aumento, tanto más, si se trata de un robo cuantioso que seguramente le causaría al ofendido serios perjuicios; los móviles no tienen justificación alguna, pues se trata de un sujeto apto para el trabajo, y de otro parte, está comprobada su peligrosidad, por lo que no se explica la benignidad del Juzgado, y la misma de la Fiscalía colaboradora, ya que fuera de las normas citadas por la fijación de la sanción sólo queda el artículo 45 que limita la pena de prisión a ocho años. Esta ha de ser la que sufra el procesado Díaz. Conforme a la misma disposición, la suspensión de la patria potestad será por cinco años, que es el límite máximo. Las otras penas accesorias están bien. No se pidió el avalúo de perjuicios (artículo 25, Ley 4 de 1943).

"Por manera que, el Tribunal de acuerdo en parte con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **Reforma** la sentencia apelada así: A) La pena que sufrirá el procesado Luis Díaz Pacheco será de ocho años de prisión y por igual tiempo será la interdicción de los derechos y funciones públicas una vez cumplida la pena; y B) Le quedará suspendida la patria potestad por cinco años durante la condena.

"En todo lo demás se CONFIRMA".

El análisis de todas las transcripciones hechas por la Sala tiene el objeto de hacer resaltar la curiosa manera como se va reafirmando a través de las etapas de un proceso penal, la responsabilidad del sujeto activo del delito sin la concurrencia de otras pruebas diferentes de las que dieron origen al auto de detención. Esta observación que hace la Sala a la presente sentencia encarna una irregularidad procedimental que puede llegar en no pocos casos a cimentar una injusticia, la que como en el presente caso entra a estudiar la Sala.

La administración de la justicia en dos instancias, es un principio de legalidad que entraña una de las primordiales garantías establecidas por el Estado para que se realice la igualdad ante la justicia de todos los asociados. Y este fundamental principio de procedimiento se desvirtúa si los jueces de las instancias toman como base continua de sus decisiones una sola interpretación, cualquiera que sea, puesto que entonces no se llena el objetivo primordial de la doble jurisdicción cual es el de que diferente crítica obre directamente sobre los hechos para poder controvertir las apreciaciones confusas o erradas que en algún caso llegaren a realizarse en el transcurso del proceso.

La anterior observación tiene plena confirmación en el negocio que se estudia. Efectivamente, contra Díaz Pacheco se establecieron estos dos hechos: que fue reconocido por el denunciante como la persona que lo detuvo en el trayecto de una tienda a su Almacén, mientras le hacía dos preguntas, y que Díaz Pacheco no supo explicar claramente qué hacía ni en qué sitio se encontraba en el día y hora en que se cometió el robo. Sobre estos dos indicios el señor Fiscal del Tribunal configuró una interpretación incriminatoria fulminante y grave, la que a través de todo el proceso fue repetida por el Tribunal y por el Juzgado del conocimiento. Por las transcripciones que ha hecho la Sala en este fallo, se puede advertir que en ninguna parte de ellas hizo análisis directo de la prueba, omisión que da a las providencias dictadas una pobre e inexpresiva uniformidad que evidentemente demuestra desgano y poca diligencia en la acción administradora de la justicia por parte de los conocedores del proceso, lo que impide la realización de la crítica probatoria en los términos teórico-legales que son de

rigor en asuntos que entrañan tan delicados aspectos.

Sin embargo, esta observación que acusa una irregularidad formal del fallo, no es suficente por sí sola para quebrar la categoría jurídica y técnica de la sentencia recurrida, haciendo prosperar la causal segunda alegada por el condenado. En el presente caso, el defecto que hace inconsistente la estructura del fallo apelado está en la errada interpretación de los indicios hecha por el Tribunal, el cual les dio un valor probatorio de responsabilidad contra Díaz Pacheco, indicios que según la interpretación del señor Fiscal envolvían indudablemente la culpa del procesado, pero que a la luz de otra crítica aparecen débiles e inconexos, sobre los cuales más bien podría intentarse una interpretación beneficiosa para la persona del procesado.

Es necesario observar que el indicio es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación incriminatoria. Y no será indicio que pruebe responsabilidad el que necesita, para valer como tal, de la apreciación subjetiva del juzgador, porque en tal caso, todas las contingencias y sucesos allegados a la vida de un proceso, estarían sometidos, sin lógica ni sana exégesis legal, al arbitrio de las diferentísimas subjetividades de los varios juzgadores del proceso. El hecho que se toma como indicio incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador, no es un indicio sino una sospecha. Y las sospechas no pueden tener jamás fuerza de responsabilidad sino en el caso de que, —y entonces se convertirían en indicios— en el plano objetivo tengan estructura de hechos nítidos, los cuales en juego con otras pruebas demuestren una relación de causalidad con el acto delictuoso.

En el presente caso el más importante hecho que se tomó como indicio incriminatorio contra Díaz Pacheco fue el de que hubiera detenido por breves instantes al denunciante Gutiérrez, mientras éste hacía el trayecto de una tienda a su almacén. Como bien se puede analizar, de ese hecho no cabe extraer la relación de causalidad entre su acto de interpelación a un desconocido para hacerle dos preguntas muy naturales en cualquier persona y el robo que se estaba cometiendo en su almacén. Si se toma este hecho como indicio tan sólo prueba que Díaz Pacheco no conocía la calle de la ciudad de Cúcuta donde se celebró tal suceso. Sin embargo, el Tribunal acepta que además Díaz Pacheco se reunió con el hombre que al llegar Gutiérrez a su almacén salía del depósito, y al cual culpa del robo. Pero también pec de errónea interpretación ese hecho porque e ninguna parte del proceso el denunciante Gutié rrez afirma que el hombre que le interpeló se reu niera con el hombre que salía de su almacén. L frase dicha por el denunciante y que dio base la equivocada interpretación del Tribunal fue l siguiente:

"...al llegar a la puerta de mi negocio, salí de adentro del depósito un hombre joven, de u vestido que en la oscuridad me pareció que er blanco pero sucio, de regular cuerpo, quien a encontrarse conmigo me dijo estas palabras "Hombre, yo creía que Ud. estaba adentro, veng a que me venda un bulto de azúcar" y le respon dí que de cuál quería y el sujeto me respondi que el de a diez libras bulto, cosa mentirosa por que no hay bultos de azúcar para el expendio d diez libras; esto me causó cierta malicia pero a instante de darle yo esta respuesta el sujeto en e acto dijo, "bueno, voy a ver si lo consigo por allí arriba" y salió a paso largo y ME DI CUEN TA QUE SEGUIDAMENTE IBA EL SUJETO QUE ME HABIA ATAJADO ANTES PARA HA CERME LAS PREGUNTAS QUE YA DIJE; PU DE DARME CUENTA QUE LOS DOS TIPOS CO GIERON CALLE ARRIBA...' (Subraya la Sala).

¿Dónde dice el denunciante que los dos hombres se reunieron y tomaron juntos la misma vía? ¿Con qué fundamento puede decirse que el ir por la misma calle y en la misma dirección entraña la inteligencia entre los dos procesados y su acuerdo para cometer el robo? Antes bien ese hecho demostraría la actitud despreocupada de un ciudadano que inocentemente transita en busca de una dirección perdida. Y aún más, no podría tomarse como cierto el que Díaz Pacheco y Cruz Hernández se reunieron, después del hecho y ante la vista de la víctima, la cual hubiera podido iniciar inmediatamente su persecución, porque descuido tan grande no lo cometería un ser que según las interpretaciones del Tribunal está capacitado con excelentes y ágiles cualidades para el planeamiento y ejecución de los ilícitos contra la propiedad.

Está, pues, firmemente criticada la interpretación que de esos hechos hizo el Tribunal, crítica de la cual se deduce que aún aceptando la hipótesis presentada por el denunciante y corroborada por el reconocimiento que hizo Díaz Pacheco —de que éste fue quien lo detuvo en la calle para hacerle dos preguntas— la actitud del procesado no

uede tomarse como indiciaria de su responsabidad.

Queda, por la misma razón, sin fundamento el rgumento incriminativo de que Díaz Pacheco no io explicación clara de qué hacía y dónde se allaba en el día y hora en que se cometió el robo.

El otro hecho importante que el Tribunal acepó como prueba indiciaria de responsabilidad del rocesado, es el de los antecedentes delictuosos e Díaz Pacheco, de ilícitos cometidos contra la ropiedad. Estos antecedentes se desprenden del nforme del detective que lo capturó, quien afirma ue Díaz Pacheco "es (maleante reconocidísimo)" y de la copia que obra en el expediente de un uto de detención proferido por la Oficina de Permanencia de la ciudad de Cúcuta en contra del ctual procesado, por el delito de hurto de una rendas de vestir y de un radio.

La conducta anterior delictuosa de un procesado es evidentemente un signo de peligrosidad e índice legal que el juzgador toma como demostrativo de la calidad subjetiva antisocial del agente. Pero ésta circunstancia no puede en ningún caso entenderse como indicio objetivo de participación sustancial en la comisión de un delito. La peligrosidad es signo de capacidad delictuosa del individuo pero nunca prueba objetiva de su actividad. Si se tomara en este sentido, la libertad de los hombres, con antecedentes delictuosos pero ya reformados, se vería amenazada por la investigación de cualquier ilícito ya que su anterior conducta sería elemento objetivo de grave imputación. Es necesario dejar aclarado que la peligrosidad es capacidad antisocial del agente pasivo del proceso, la cual se expresa y demuestra por la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y por elementos objetivos de la infracción, circunstancia que permite agravar la responsabilidad para intensificar la sanción pero nunca tenerla como medio cierto para puntualizar o concretar el delito.

En el presente caso, se tomó la conducta anterior del procesado que evidentemente parece violatoria de la ley, como elemento constitutivo de su responsabilidad en el robo, asignándole el papel de indicio objetivo, de elemento constitutivo del delito; lo cual está en desacuerdo con la correcta interpretación y aplicación de las circunstancias de mayor peligrosidad establecidas en nuestra ley penal, las cuales sobre una responsabilidad concretada y establecida, obran para agravarla, a efecto de que se intensifique la pena.

De consiguiente, se puede advertir claramente que los confusos antecedentes delictuosos del procesado Díaz Pacheco fueron erróneamente interpretados como constitutivos de su responsabilidad, por lo cual se les dio un valor probatorio incriminativo que no tienen, y por tanto, también por este aspecto, se derrumba la responsabilidad determinada en su contra por el Tribunal.

Haciendo, pues, una síntesis de las anotaciones referidas en relación con la sentencia del Tribunal, la Sala deduce que no está probada la responsabilidad del procesado Díaz Pacheco en el delito de robo que se le imputó, ni como cómplice ni como partícipe y autor directo del reato, por lo cual la Sala considera que debe prosperar la causal segunda y decide absolverlo.

En mérito de las anteriores razones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha once de septiembre del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona por medio de la cual se condenó a Luis Díaz Pacheco a la pena principal de ocho años de prisión y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de robo cometido en bienes del señor Emeterio Gutiérrez, y, lo absuelve de toda responsabilidad en el mencionado ilícito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R.—Srio.

RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE UNA COPARTICIPACION CRIMINAL EN LA EJECUCION DE UN DELITO

La responsabilidad proveniente de una coparticipación criminal en la ejecución de un delito, presupone necesariamente unidad de intención, tanto en los actos realizados, como en las personas que ejecutan los hechos tendientes a conseguir el resultado concreto de la actuación criminosa. De manera que, faltando la unidad de intención y la voluntariedad respecto de uno o algunos de los copartícipes, no podría sostenerse en el campo de una lógica jurídica que realmente se es responsable. La responsabilidad respecto del autor, autores o partícipes de un hecho delictuoso, es personal o individual, y al responder de los cargos que se les formulan en el auto de proceder, no lo hacen en forma conjunta o solidaria, sino personal; por tanto, si respecto de uno o más de los copartícipes, el Jurado niega la responsabilidad, esa respuesta negativa no implica ninguna contradicción con aquellas que la afirman, porque en tal caso, la concurrencia de los sindicados a la ejecución del delito y su respectiva responsabilidad, no son propiamente solidarias sino individuales.

La ley no establece la calidad de pruebas que el Jurado debe tener en cuenta para formar el convencimiento y pronunciar su veredicto, ni en la valoración de los elementos de incriminación está sujeto a una tarifa legal de pruebas, pues basta que su decisión se informe en los elementos de convicción deducidos del proceso, para que ella sea apreciada por el Juez de derecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto diez de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, condenó a Antonio Badillo a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, por el delito de homicidio, cometido en la persona de Pascual Calderón, el treinta de agosto de mil novecientos treinta y ocho, en el sitio denominado el "Barrigón", Vereda de Guayabal, jurisdicción del Municipio de Simatoca.

Contra esa sentencia, el defensor interpuso recurso de casación, y como se han cumplido los trámites de ley, se procede a su estudio.

Antecedentes

El treinta de agosto de mil novecientos treinta y ocho, en casa de Luis Calderón, se reunieron varias personas, con el fin de celebrar la fiesta de Santa Rosa. A este acto asistieron Pascual Calderón, acompañado de su esposa y sus hijos, Félix David Villareal, Antonio Badillo, Saturnino y Samuel Afanador. Entre Pascual Calderón y los Afanador existía cierta enemistad anterior, y después de transcurridas algunas horas de diversión, los Afanador trataron de formarle pelea a Calderón, quien para evitar mayores consecuencias, abandonó el lugar y se dirigió a su habitación. Sorpresivamente fue alcanzado por Antonio Badillo, Saturnino y Samuel Afanador, trabándose una lucha, circunstancia que fue aprovechada por Saturnino para lesionar con un machete a Calderón; y cuando éste estaba sosteniendo la lucha con los Afanador, Antonio Badillo, haciendo uso del arma que portaba, le propinó una puñalada que instantes después le ocasionó la muerte.

El Juzgado Superior, en auto de fecha veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta, llamó a responder en juicio a Antonio Badillo, Saturnino y Samuel Afanador, providencia que al ser apelada recibió confirmación del Tribunal. Llenadas las exigencias procedimentales, se sometió a los miembros del jurado un cuestionario, compuesto de un interrogatorio para cada procesado. Los jueces negaron la responsabilidad y participación criminal de Saturnino y Samuel Afanador afirmando únicamente la responsabilidad de Badillo en la consumación del hecho.

El defensor ataca la sentencia recurrida con fundamento en las causales 1ª, 2ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, causales que se estudian para saber si la sentencia debe invalidarse por la concurrencia de alguna de ellas.

Causal séptima

Cuando la sentencia se dicta sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

En agosto veintiuno de mil novecientos cuarenta, el Juzgado dictó auto de proceder contra Antonio Badillo, Saturnino y Samuel Afanador, sosteniendo la tesis de la existencia de un concurso punible en la comisión del delito, y afirmando que en calidad de coautores les correspondía la misma responsabilidad a los Afanador. El Tribunal, en providencia de marzo doce de mil novecientos cuarenta y uno, al confirmar el auto apelado, aceptó los puntos de vista expuestos por el inferior. Partiendo de esta base, el Juzgado formuló a los miembros del Jurado un solo cuestionario, que debía ser absuelto independientemente para cada uno de los procesados, cuestionario que se redactó así:

"El acusado Antonio Badillo es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente y en concurso recíproco de otros dos individuos a Pascual Calderón por medio de varias heridas que le produjeron en distintas partes del cuerpo con arma cortante y punzante (cuchillo), hecho ocurido en el camino real que de Simatoca conduce al Socorro y pasa cerca al sitio del "Barrigón", en la vereda del "Guayabal", de la comprensión municipal de Simatoca, en las últimas horas de la tarde del día treinta de agosto de mil novecientos treinta y ocho?"

Con base en esta pregunta, el recurrente alega como fundamento de la causal séptima lo siguiente:

"...Se preguntó al Jurado si Antonio Badillo había dado muerte voluntariamente y en concurso recíproco de otros individuos, y el Jurado contestó después de haber absuelto a los otros dos individuos, que sí era responsable. Como no eliminó de la respuesta el concurso recíproco, la tercera respuesta referente a la responsabilidad de Badillo, contradice las dos primeras, negativas de la responsabilidad de los supuestos concurrentes, llamados a juicio. El veredicto es nulo en cuanto a la tercera respuesta, mas no en cuanto a las dos primeras, porque las dos primeras son lógicas y pueden subsistir por sí mismas, mas no la última, y las dos primeras están fundadas en prueba aceptable. Rechazó la prueba que he demostrado que es falsa, al dar la contestación al jurado de las dos primeras".

Se considera:

Si se apreciara el razonamiento anterior, en relación a la forma objetiva como se halla redactada la pregunta del cuestionario, indudablemente que la tesis del defensor y su conclusión serían lógicas. Pero esta especie de contradicción aparente en las respuestas del veredicto, se debe a que las preguntas del cuestionario se redactaron siguiendo las normas del Código Penal de 1890, que en su artículo 22, al hablar de los autores del delito, hace referencia a aquellos que ejecutan el hecho delictuoso "en concurso recíproco entre dos o más". Por el hecho de que los miembros del jurado no hubieran aclarado su respuesta afirmativa, añadiendo que Badillo era el único responsable del delito, no se puede deducir, con fundamento jurídico, que ella es contradictoria en relación con las que contemplan la responsabilidad de las otras personas que también fueron llamadas a responder en juicio.

La responsabilidad proveniente de una coparticipación criminal en la ejecución de un delito, presupone necesariamente unidad de intención, tanto en los actos realizados, como en las personas que ejecutan los hechos tendientes a conseguir el resultado concreto de la actuación criminosa. De manera que, faltando la unidad de intención y la voluntariedad respecto de uno o algunos de los copartícipes, no podría sostenerse en el campo de una lógica jurídica que realmente se es responsable. La responsabilidad respecto del autor, autores o partícipes de un hecho delictuoso, es personal o individual, y al responder de los cargos que se les formulan en el auto de proceder, no lo hacen en forma conjunta o solidaria, sino personal; por tanto, si respecto de uno o más de los copartícipes, el Jurado niega la responsabilidad, esa respuesta negativa no implica ninguna contradicción con aquellas que la afirman, porque en tal caso, la concurrencia de los sindicados a la ejecución del delito y su respectiva responsabilidad, no son propiamente solidarias sino individuales.

La complicidad, como lo dice el Procurador, "tiene como característica ser una circunstancia accesoria respecto del delito principal a que accede, circunstancia por la cual se produce unidad

criminosa objetiva y una pluralidad de sujetos que contribuyen a ella. Por eso, en la complicidad sólo existe un común denominador, el hecho consumado, y un grupo de sujetos que responden de él; pero sin que esa variedad de copartícipes aumente, cambie o especifique la esencia jurídica de la infracción: ésta, una vez consumada, es la misma ante el derecho positivo; cualquiera que sea el número de los que en ella hayan intervenido'.

Y más adelante agrega la Procuraduría: "Cuando se trata de simple complicidad y el Jurado descarta la participación conjunta de varias personas en un delito y la radica en cabeza de una sola persona, eso quiere decir que los jueces populares rompen el fenómeno del concurso de delincuentes y la solidaridad criminosa, sin que eso implique que el delito determinado carezca de sus notas esenciales, ni que la responsabilidad del verdadero y único autor de esa infracción se diluya o esterilice, sencillamente porque, como se ha dicho, la complicidad es una figura accesoria que se adhiere a algo principal, que es el delito cometido, sin que la reunión de voluntades y de acciones múltiples derivadas de los distintos sujetos pertenezca a la sustancia del hecho criminoso".

Los puntos que se dejan expuestos han sido sostenidos por la Corte en varias sentencias, entre otras, la de 19 de junio de 1932 y la de 19 de junio de 1941. En la primera de ellas se dijo:

"Aun cuando varios tomen parte en la comisión de un delito, la responsabilidad es siempre personal, y así en el presente caso, si bien fueron cinco los enjuiciados, como copartícipes del homicidio, todos ellos respondieron individual y personalmente, porque individual y personal era su responsabilidad. El hecho de que en los cuestionarios se hubiera preguntado con respecto a cada uno si era responsable de haber dado muerte a Sinforozo Roso, en asocio de cuatro individuos más, no era una negación sustancial o necesaria para afirmar o negar la responsabilidad, en forma de que lo que se dijera de uno había que declararlo respecto de los demás. Tanto es así que el Jurado pudo libremente, como lo hizo, condenar a tres de los acusados y absolver a los otros dos".

"De suerte que al contestar afirmativamente el Jurado algunos cuestionarios, los de Marciales, Laguado y Contreras, y negativamente los referentes a los otros dos acusados, no declaró que la responsabilidad de los primeros existía por haber sido cometido el delito por cada uno de ellos, necesariamente en compañía de cuatro más, o que estos cuatro fueran determinadas personas y no unas distintas; simplemente afirmó y eso era suficiente, que sí estaba acreditada, en su concepto, la responsabilidad de tres de ellos".

Lo anterior nos lleva a concluir que, por este aspecto, la sentencia no se pronunció sobre un veredicto contradictorio.

Al negar los miembros del Jurado la responsabilidad de los Afanador y la circunstancia de haber éstos obrado en concurso recíproco, tuvieron en cuenta no sólo la exposición del defensor, —quien sostuvo la tesis de que sus defendidos no eran responsables, porque en ellos no existió la intención criminosa de causar la muerte,— sino también, la de que los hechos materiales ejecutados por aquéllos no eran por sí solos necesarios e indispensables para ultimar a Calderón, afirmaciones que tienen respaldo en las constancias procesales. Por otra parte, la ley no establece la calidad de pruebas que el jurado debe tener en cuenta para formar el convencimiento y pronunciar su veredicto, ni en la valoración de los elementos de incriminación está sujeto a una tarifa legal de pruebas, pues basta que su decisión se informe en los elementos de convicción deducidos del proceso, para que ella sea apreciada por el Juez de derecho.

En cambio, el defensor afirmó la responsabilidad de Antonio Badillo, de quien dijo ser autor material del delito, según se desprende de su declaración indagatoria, corroborada con la prueba de testigos presenciales, y alegó en favor de su defendido la circunstancia de que el hecho se ejecutó cuando el reo se encontraba en la situación contemplada por el artículo 28 del Código Penal, o sea, en estado de ira o intenso dolor. Así, pues, la respuesta de los jueces de conciencia en cuanto a la responsabilidad de Badillo, encuentra respaldo probatorio, no sólo en orden a la intención de causar la muerte, sino también en cuanto a la ejecución de los hechos materiales que dieron como resultado la supresión de la vida de Calderón.

Estima la Sala que el veredicto emitido por los miembros del jurado sobre el cuestionario propuesto por el Juzgado, no es contradictorio, porque contradictorio es lo que a la vez implica afirmación y negación, o mejor dicho, aquel estado de cosas que no permite subsistir simultáneamente dos proposiciones, como positiva la una y como negativa la otra, pues, se destruirían entre sí, ya que no se puede afirmar y negar al mismo tiempo

una misma situación. Al contestar los jueces de conciencia con un "NO" el cuestionario referente a la responsabilidad de los Afanador, y con un "SI" el relativo a la de Badillo, destruyó para los dos primeros la tesis de haber obrado en concurso recíproco, radicando toda la responsabilidad y sus consecuencias en la persona de Antonio Badillo, como único autor del delito de homicidio.

Entre el veredicto absolutorio por una parte, y el condenatorio por otra, sin explicación o adición alguna, no es posible establecer contradicción, porque la negación de la responsabilidad para unos, no contradice ni destruye la existencia de la responsabilidad para el otro. La circunstancia de que en el auto de proceder se hubiera imputado a los procesados el hecho de obrar en concurso punible en la cosumación del homicidio, no significa que todos ellos, efectivamente, sean responsables; pues bien puede suceder que en el curso del proceso y dentro del juicio, todos o algunos de los procesados alleguen elementos probatorios en su favor, y en tales condiciones, el veredicto absolutorio para uno de ellos no exime de responsabilidad a los otros.

Por estas razones, la causal séptima invocada como fundamento de recurso, no es aceptable y no prospera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos en relación con la sentencia.

Para alegar esta causal, el recurrente hace una especie de reconstrucción de los hechos y analiza la prueba que tuvieron en cuenta los miembros del jurado y el juez, para deducirle responsabilidad al procesado. Estudia los testimonios de Félix David Villareal, Pedro Cala Pérez, Cornelio Romero y otros, para llegar a la conclusión de que toda esta prueba no tiene consistencia alguna para proferir un fallo condenatorio, ora porque las declaraciones son contradictorias entre sí, ya también porque, en concepto del recurrente, es falsa la prueba que consideró el Tribunal para dictar sentencia.

Por último descarta de manera enfática los testimonios de las personas que tienen relación de parentesco con el muerto, para dar un valor especial a las declaraciones de los procesados, de modo que lo llevan a formular contra la sentencia el cargo de que en ella no se tuvo en cuenta el estado de ira causado por injusta provocación, en el cual obró el penado Antonio Badillo.

El análisis de esta causal no es procedente en los juicios en que interviene el Jurado, porque ello conduce al estudio de los hechos, cuestión propia de la instancia. Si a los jueces de conciencia no se les interrogó sobre el estado de ira o de intenso dolor causado por injusta provocación, en el cual se dice obró el reo, la Corte, al estudiar esta causal, no podría hacer ninguna declaración, pues se saldría de la órbita propia de sus funciones, para invadir aquellas que corresponden al juzgador de instancia. Por otra parte, el estudio de esta causal, mediante las razones expuestas por el recurrente, daría margen para hacer una declaratoria de que el veredicto es de notoria injusticia, lo cual no es procedente ni tiene aplicación en los juicios en los cuales la sentencia se dicta teniendo como norma el veredicto dado por los miembros del Jurado.

Por estos motivos, no prospera la causal alegada.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

El recurrente argumenta así: "La sentencia de segunda instancia es casable por haber considerado como circunstancias de mayor peligrosidad, el modo, según dice, como Badillo ultimó a Pascual Calderón, es decir, en momentos en que Calderón estaba sujetado por los Afanadores, y en dificultad para defenderse, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 37 del Código Penal. Se ha violado pues, el artículo 39 del Código Penal, y se ha aplicado el 37 indebidamente, en armonía con el 36".

Si la afirmación anterior estuviera probada, sería casable la sentencia por este aspecto. Pero en el proceso existen los testimonios de Zoila Rosa Celis, Cornelio Romero y Luis María Mejía, que declaran que cuando los Afanador sostenían a Pascual Calderón, Antonio Badillo, sacando el puñal que portaba, le causó una herida mortal. Y más adelante dicen que los agresores se quedaron en el lugar de los acontecimientos, mientras el ofendido se dirigió a su casa de habitación, donde instantes después falleció.

Esta circunstancia de mayor peligrosidad, proveniente de la indefensión de la víctima para eludir el ataque, fue valorada por el Juzgado en el respectivo auto de proceder, cuando dijo: "...Circunstacia ésta que al mismo tiempo que hace más audaz la ejecución del ilícito, disminuye o dificul-

ta la defensa de la víctima". De manera que el Tribunal no estuvo errado al aplicar la pena con fundamento en la prueba que se deja analizada Fue muy explícito sobre este particular y su razonamiento lo fundó en el siguiente párrafo de la sentencia:

"Indudablemente la sanción aplicable a Antonio Badillo es la prevista por el artículo 362 del C. P. Pero no podría, sin embargo, aplicarse el mínimo de la pena allí prevista, ya que en contra del acusado obran circunstancias de mayor peligrosidad. Efectivamente, el modo como Badillo ultimó a Calderón, es decir, en momentos en que Calderón estaba sujetado por los Afanadores y en dificultad para defenderse, si no alcanza a constituir una circunstancia modificadora del homicidio, sí debe considerarse al menos como circunstancia de mayor peligrosidad, de acuerdo con el numeral 6º del artículo 37 del C. P. Por consiguiente, en atención a ello debe aumentarse en seis meses la pena impuesta por el **a quo** al acusado Badillo".

Si para la graduación o individualización de la pena se tuvieron en cuenta las normas de los artículos 36 y 37 del Código Penal, sobre modalidades del hecho delictuoso, motivos determinantes y circunstancias de mayor peligrosidad, el Tribunal no podía aplicar el mínimo de pena de que habla el artículo 39, porque demostrada la circunstancia de mayor peligrosidad, consagrada por el numeral 6º del artículo 37, referente a la forma como se ejecutaron los hechos y a la imposibilidad de emplear la víctima medios defensivos frente al ataque, la pena correspondiente no podía ser el mínimo de la disposición violada, pues a ello se opone el precepto del artículo 39, que establece que el mínimo de la pena sólo es aplicable cuando concurren únicamente circunstancias de menor peligrosidad.

Por estas razones, la causal invocada carece de fundamento y no prospera.

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, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo penal, **NO INFIRMA** la sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que impuso a Antonio Badillo la pena de ocho años y seis meses de presidio, como responsable del delito de homicidio, agotado en la persona de Pascual Calderón.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez —Domingo Sarasty M.—Aníbal Carvajal, Of. M.

ELEMENTO DIFERENCIADOR DE LOS HOMICIDIOS INTENCIONAL Y ULTRAINTENCIONAL

I.—El elemento que diferencia el homicidio intencional y el homicidio ultraintencional es el propósito: el de matar, aquél y el de causar lesiones, éste.

II.—De este principio surgen dos postulados, uno de Derecho Penal Material, el de que la negación del propósito en el homicidio intencional no lo convierte automáticamente en ultraintencional, y otro de Derecho Penal Formal, el de que los falladores no pueden sancionar especie delictuosa no deducida en el auto de proceder, ni declarada por el Jurado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

VISTOS:

El Dr. Domingo Vélez García interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del 9 de septiembre de 1943, por la cual —con aplicación de los artículos 362 y 365 del Código Penal— condenó a Jorge Enrique Yépez a la pena de cuatro años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Luis Vélez Rojas, cometido la noche del primero de enero de 1940, en el Corregimiento de Bolombolo, Municipio de Venecia, Departamento de Antioquia.

Admitido el recurso, el Dr. Vélez —con base en el numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal— formuló la respectiva demanda de casación, que el Procurador Delegado en lo Penal consideró fundada y solicitó en consecuencia, se invalidara la sentencia.

El problema planteado a la Corte es si el Tribunal Superior podía condenar a Yépez, como responsable de homicidio ultraintencional, fundado en un veredicto en que se aceptó el hecho material y se negó el propósito; problema éste que la Corte resuelve previo resumen de los hechos y de las actuaciones judiciales que culminaron en la sentencia recurrida.

En el Corregimiento de Bolombolo, vivían en una misma casa Jorge Enrique Yepes con María Bárbara Vélez, y Luis Vélez Rojas con María Rafaela Vélez, hija de aquélla, en un ambiente de más o menos cordialidad; en la tarde del primer día de enero de 1940, parece que Yepes agredió u ofendió a María Rafaela, la cual comunicó este hecho a Vélez, quien por la noche hizo a Yepes el reclamo —en frases ultrajantes— por la ofensa a María Rafaela, que aquél negó; momentos después, Yepes lanzó una piedra a Vélez que le causó la fractura del hueso frontal y, cuatro días más tarde, la muerte.

Abierta causa criminal contra Jorge Enrique Yepes, por homicidio intencional, el Juez propuso al Jurado las siguientes cuestiones: el hecho material, el propósito, la legítima defensa y el estado de ira o intenso dolor causado por grave provocación, las dos últimas a solicitud del defensor, y de las cuales el Jurado contestó afirmativamente la primera y negativamente las restantes, no sin que el Fiscal, en la audiencia, anotara la omisión de la cuestión referente a la figura del homicidio ultraintencional.

Tanto el Juzgado como el Tribunal, en sus sentencias interpretaron la negación del propósito homicida como afirmación del de causar lesiones únicamente, y condenaron a Yepes, en consecuencia, a la pena de cuatro años de presidio, con aplicación del artículo 365 del Código Penal.

El recurrente Dr. Vélez García afirma que la sentencia del Tribunal está en desacuerdo tanto con el auto de proceder como con el veredicto del Jurado, porque el Tribunal Superior, negado el propósito homicida por el Juzgado, no podía condenar a Vélez por un delito cuya figura no se mencionó en aquel auto ni sobre ella se presentó cuestión alguna al Jurado.

Como este punto ha sido ya, en otras oportunidades, analizado y resuelto de acuerdo con la tesis del recurrente y del Procurador, la Corte se limita a ratificar la doctrina adoptada.

El problema presenta dos aspectos: el uno re-

lativo al Derecho Penal Formal, y el otro al Derecho Penal Material, y que —por su entidad— requieren estudio separado.

En cuanto al primer aspecto, la Corte observa lo siguiente: el auto de proceder, el veredicto y la sentencia —etapas esenciales del juicio criminal— están, entre sí, vinculadas en una lógica relación de causa a efecto en forma tal, que la sentencia debe acomodarse al veredicto, y éste al auto de proceder, a menos que en el período probatorio se modifique la calificación hecha en el auto referido; y es vínculo éste que varias normas crean y protegen en beneficio de los intereses de la justicia y del procesado. Así, el Juez no puede presentar al Jurado sino los hechos y circunstancias que se hayan comprendido en la calificación del sumario, ni el Jurado puede dar decisiones que se opongan a la evidencia de los hechos, ni los falladores pueden aceptar veredictos que contengan semejante oposición; y es tan grave la omisión de tales deberes, que todas las legislaciones crearon este recurso extraordinario con la finalidad de reintegrar al patrimonio del procesado el derecho de que se le privó —el de defenderse oportunamente de los cargos que se le dedujeron en el auto de proceder y no de otros— y que la Constitución garantiza en virtud de la norma según la cual nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio.

En cuanto al otro aspecto, la cuestión se circunscribe a decidir si propuestos al jurado el homicidio intencional y el propósito, y negado éste y afirmado aquél, la negativa del propósito homicida implica, consecuencialmente, la existencia del propósito de causar lesiones; o en otros términos si los falladores, sin la referencia en el auto de proceder y sin la intervención del jurado, pueden sustituir el homicidio intencional del artículo 362 por el homicidio ultraintencional del artículo 365.

Un delito se distingue de otro por sus elementos constitutivos, que generalmente se concretan en la fuerza moral y en la fuerza física según los clásicos, y en la acción psíquica y la acción física, además del sujeto, objeto y daño, según los positivistas; así, la acción psíquica de éstos equivale a la fuerza moral subjetiva de aquéllos, y la acción física de los unos a la fuerza física subjetiva de los otros. Concretando al caso presente, el homicidio intencional y el homicidio preterintencional se distinguen por la acción psíquica o fuerza moral subjetiva, y también por la acción física o fuerza física subjetiva; en otros términos, por el propósito y el fin propuesto y obtenido: en el uno la muerte y en el otro las lesiones.

Siendo, pues —como lo son— distintas especies de delitos, era necesario que, en cumplimiento del artículo 431 del estatuto procesal penal, en la parte motiva del auto de proceder se hubiera configurado y comprobado plenamente el cuerpo del homicidio ultraintencional, esto es, el propósito de perpetrar las lesiones que ocasionaron la muerte, como también era necesario que —de acuerdo con aquel auto— se hubiera propuesto al Jurado y que éste lo hubiera aceptado, condiciones éstas sin las cuales los falladores no podían sancionarlo, ni menos, subsidiariamente, en sustitución del homicidio intencional cuyo elemento psíquico negó el jurado.

La objeción del recurrente, pues, según la cual debe absolverse cuando el jurado negó la existencia del propósito y afirmó la ejecución del hecho, está conforme con la doctrina, ya que falta uno de los elementos integrantes del delito; y no es lógico ni jurídico que la negativa del propósito en el homicidio intencional configure, automáticamente, el del homicidio ultraintencional, como lo ha afirmado el Tribunal en la sentencia recurrida, sin que la justifique la tesis muy loable de la defensa social.

La ley, finalmente, otorga facultades —que el Tribunal no ejerció— para excluir el riesgo de que el delito se quede sin sanción, entre ellas la de declarar la nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción o la de declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos y ordenar se convocara a nuevo jurado.

Del anterior estudio se deduce que la sentencia del Tribunal no está de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder ni con el veredicto del jurado y que, por lo tanto, la tercera causal de casación ha sido fundada.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de lá ley, y visto el concepto del Procurador Delegado en lo Penal favorable a la demanda, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del 9 de septiembre de 1943, por la cual condenó a Jorge Enrique Yepes a la pena de cuatro años de presidio, por el delito de homicidio ultraintencional en Luis Vélez Rojas, y en su lugar lo absuelve por el mismo delito en la misma persona.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez —Domingo Sarasty M.—Por el secretario, el Oficial Mayor, **Aníbal Carvajal.**

JURADOS. — CAUSALES DE NULIDAD EN JUICIOS POR JURADOS. — CAUSAL SEGUNDA: SU ALCANCE

1. — El impedimento para desempeñar el cargo de jurado, consistente en haber sido perito el ciudadano elegido, es de los que deben alegarse en el acto del sorteo de jurados o dentro de los cinco días siguientes, según precepto de los artículos 511 y 199, ordinal 3º, del Código Procesal Penal. Pasado ese tiempo ya no puede declararse la nulidad que se solicite. Otra cosa sería que el miembro del jurado hubiera carecido de las cualidades necesarias para desempeñar el cargo, tales como las que señala el artículo 494 del Código de Procedimiento, lo que hubiera producido nulidad insubsanable por el transcurso del tiempo, pues ésta puede ser alegada por las partes y decretada de oficio por el juez en cualquier estado del proceso (artículos 200 y 201 del C. de P. P.) En cambio, las nulidades contempladas en los artículos 198 y 199 del Código procesal penal, que tienen señalado en el ordinal que las consagra el tiempo en que pueden ser invocadas, no deben declararse si no hace uso de tal derecho oportunamente, puesto que el artículo 200 de la misma obra establece que las causales de nulidad que en los citados artículos se indican podrán alegarse en cualquier estado del proceso, "salvo disposición legal en contrario".

2. — La ley habla de los individuos que en el acto del sorteo resulten "designados", no de los que tengan impedimentos y estén incluídos en la lista de doscientos nombres que cada juzgado superior tiene para hacer la elección a la suerte. En esa lista, como es obvio, pueden figurar sujetos en quienes, después de elaborada, sobrevengan impedimentos, o que se ausenten definitivamente del lugar, o que fallezcan, sin que tales contingencias sean óbice para la celebración del juicio, si los designados en el sorteo no tienen impedimentos legales para actuar.

3. — En los juicios en que interviene el jurado no es posible admitir la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por dos razones: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción, y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación, según lo dejó establecido la comisión redactora del nuevo código de procedimiento. Es éste, por tanto, un problema de estudio exclusivo de las instancias.

4. Negada una circunstancia de asesinato por el juez de hecho no se puede considerar por el juez de derecho como de mayor peligrosidad del agente para agravar la pena, porque eso es desconocer el veredicto y en él tiene que apoyarse la sentencia. (Artículo 480, C. de P. P.)

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada).

VISTOS:

El juzgado superior del distrito judicial de Neiva condenó a Jesús Castellanos a sufrir la pena principal de ocho años de presidio y las accesorias legales, por haber dado muerte a Jorge Enrique Quintero.

El tribunal superior del mismo distrito reformó la sentencia "en el sentido de elevar a diez años de presidio" la pena principal que debía pagar el procesado y la confirmó en todo lo demás.

Contra esta última providencia, que lleva fecha de 14 de junio de 1944, fue interpuesto oportunamente el recurso de casación, que tiene como base las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Hechos y curso del proceso. — Jesús Castellanos mantenía relaciones amorosas con una muchacha de nombre Consolación Cuéllar, y aunque no vivían bajo el mismo techo, con frecuencia dormían juntos y ella recibía atenciones y dinero de parte de Castellanos.

El 12 de junio de 1941 la Cuéllar resultó lesionada en un codo como consecuencia de un disgusto que

tuvo con Jorge Enrique Quintero y del cual le dio cuenta a Castellanos reiteradamente.

En la noche del 14 del mismo mes, después de presenciar la salida de los ejercicios religiosos que se celebraban en la iglesia parroquial de la ciudad de Neiva, teatro de los sucesos que dieron origen al proceso, Castellanos y Quintero fueron vistos juntos recorriendo algunas calles y discutiendo acaloradamente, parece que por el ultraje de obra causado por éste a la mentada Consolación. Lo cierto fue que Quintero recibió, en últimas, una puñalada, que le causó la muerte.

El juzgado, basándose en algunos indicios, llamó a responder en juicio criminal a Castellanos, por el homicidio perpetrado en Quintero, providencia que fue confirmada por el tribunal de Neiva.

Un primer jurado reunido para juzgar al procesado negó su responsabilidad por mayoría de votos, lo que hizo que el juez del conocimiento, a pesar de estar basado el auto de proceder en meros indicios, declarara el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, en fallo que confirmó también el tribunal. no obstante la reposición pedida por su defensor

Un segundo jurado declaró a Castellanos responsable del delito, negando que hubiera obrado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos o en estado de ira o de dolor causados por grave e injusta provocación.

Sobre este veredicto fueron pronunciadas las sentencias de instancia de que se habló al principio. Pasa la Corte ahora a analizar los causales de casación alegadas.

Causal cuarta: ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Alega el defensor de Castellanos:

a) Que el doctor Miguel Rivera S., que había sido perito en una inspección ocular, actuó como jurado en la segunda audiencia;

b) Que los señores Félix Trujillo Falla, Rafael Arboleda Méndez y Félix Godoy figuraban en la lista de jurados sobre la cual se hizo el sorteo de los que formaron el tribunal popular que juzgó a Castellanos, estando impedidos, pues el primero era alcalde de Neiva, el segundo abogado de un banco y el tercero senador de la república en ejercicio de su cargo.

Se considera:

Es cierto que el artículo 439 del código de procedimiento penal dice que no podrán ser jurados en determinada causa "los que hubieren sido testigos o peritos en el proceso" y es verdad que el doctor Miguel Rivera Dussán (no S.) desempeñó el cargo de perito que se invoca (f. 16 del c. 2). Pero, como lo anota la Procuraduría, este impedimento es de los que deben alegarse en el acto del sorteo de jurados o dentro de los cinco días siguientes, según precepto de los artículos 511 y 199 (ordinal 3º) del código procesal. Y resulta que el sorteo se hizo el 30 de abril de 1943, sin que el defensor, notificado personalmente del acto (folios 27 v. y 29 del c. 3) hubiere concurrido a él, y alegó la nulidad después de celebrada la audiencia pública del juicio (fls. 44 y 49 ibídem), casi a los cuatro meses de realizado el sorteo dicho. De ahí que se le hubiera negado ya en las instancias la declaratoria de nulidad solicitada.

Otra cosa sería que el miembro del jurado hubiera carecido de las cualidades necesarias para desempeñar el cargo, tales como las que señala el artículo 494 del código de procedimiento, lo que hubiera producido nulidad insubsanable por el transcurso del tiempo, pues ésta puede ser alegada por las partes y decretada de oficio por el juez en cualquier estado del proceso (artículos 200 y 201 del c. de p. p.) En cambio, las nulidades contempladas en los artículos 198 y 199 del código procesal penal que tienen señalado en el ordinal que las consagra el tiempo en que pueden ser invocadas, no deben declararse si no se hace uso de tal derecho oportunamente, puesto que el artículo 200 de la misma obra establece que las causales de nulidad que en los citados artículos se indican podrán alegarse en cualquier estado del proceso, "salvo disposición legal en contrario". Qué es lo que aquí ocurre: que hay disposición legal en contrario.

Tampoco prospera la segunda objeción, ya que ninguno de los sujetos nombrados por el demandante resultó elegido como miembro del jurado en la causa contra Jesús Castellanos y estos impedimentos referentes a cualidades no necesarias para ser juez de conciecia, se concretan "en el acto del sorteo", como lo dice expresamente el ordinal 3º del artículo 122 del código citado.

La ley habla de los individuos que en dicho acto del sorteo resulten "designados", no de los que tengan impedimentos y estén incluídos en la lista de doscientos nombres que cada juzgado superior tiene para hacer la elección a la suerte. En esa lista, cimo es obvio, pueden figurar sujetos en quienes, después de elaborada, sobrevengan impedimentos, o que se ausenten definitivamente del lugar, o que fallezcan, sin que tales contingencias sean óbice para la celebración del juicio, si los designados en el sorteo no tienen impedimentos legales para actuar, como no los tenían los que formaron el jurado en el proceso en estudio.

Razones semejantes trae el ministerio público para pedir que no se declare probada esta causal de casación.

No prospera, por lo tanto, la causal cuarta.

Causal segunda: Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Sobre ella apenas tiene que repetir la Corte su doctrina de que en los juicios en que interviene el jurado no es posible admitir dicha causal segunda del artículo 567 del código de procedimiento penal, por dos razones: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso según su íntima convicción; y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaratoria de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación, según lo dejó claramente establecido la comisión redactora del nuevo código de procedimiento. Es éste, por tanto, un problema de estudio exclusivo de las instancias.

No prospera, por tanto, la causal segunda.

Causal primera: Violación de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Alega el demandante que la sentencia es violatoria de esa ley penal, porque a pesar de haber negado el jurado la premeditación, se agravó la pena afirmando que el delincuente había premeditado su delito por motivos innobles.

Como ya se dijo, el jurado negó la premeditación, así como negó también que el sindicado hubiera perpetrado el delito en estado de ira o de intenso dolor causados por provocación injusta y grave. Y como no existían probadas en contra de Castellanos circunstancias de mayor peligrosidad, el juzgado impuso el mínimo de la pena que para el homicidio simplemente intencional señala el artículo 362 del código. Pero el tribunal no aceptó esa fijación, diciendo:

"Esta apreciación del señor Juez para nada guarda relación con la tercera cuestión propuesta al jurado, o sea, la de que Castellanos obró con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, desde luego que si la propuso fue porque encontró en el proceso fundamento para ello; y si el jurado la negó, entonces lo que no se puede es sancionar el hecho como asesinato, sino reconocerla como circunstancia de mayor peligrosidad del reo, porque esta circunstancia en que se apoyó el juez es indispensable tenerla en cuenta para la tasación de la pena".

Estima la Corte, de acuerdo con el ministerio público, que el tribunal erró al tomar la premeditación como circunstancia de mayor peligrosidad habiéndola negado el jurado en su veredicto, pues negada una circunstancia de asesinato por los jueces de hecho, no se puede considerar por el juez de derecho como de mayor peligrosidad del agente para agravar la pena, porque eso es desconocer el veredicto y en él tiene que apoyarse la sentencia.

"En los procesos cuya competencia concierne a los jueces superiores — dice el artículo 480 del código de procedimiento penal — la audiencia pública, salvo disposición legal en contrario, se hará con la intervención del jurado, y **la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate**" (subraya la Corte).

Por otra parte, no hay prueba en los autos de que el sindicado hubiera estado preparando cuidadosamente, de manera "ponderada", el hecho criminoso de que se le acusa, ni que hubiera sido llevado al delito por motivos innobles o bajos. Al menos no está eso demostrado en forma plena que hubiera conducido al desconocimiento del veredicto del tribunal de conciencia que, se repite, negó la premeditación.

No estando acreditada la circunstancia de mayor peligrosidad que contempla el numeral 5º del artículo 37 del código penal, el aumento de pena que hizo el tribunal es indebido. Y como no obra contra Castellanos ninguna circunstancia de mayor peligrosidad y, en cambio militan a su favor, al menos, las de su buena conducta anterior y las condiciones de ambiente en que vivía — indigencia e ignorancia — que influyeron en la comisión del ilícito, debe aplicársele el mínimo de la pena señalada en el artículo 362 del código para el homicidio simplemente intencional.

Prospera, pues, la causal primera invocada.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia de catorce de julio del año pasado, proferida por el tribunal superior de Neiva, en cuanto condena a Jesús Castellanos a sufrir la pena principal de diez años de presidio, En su lugar, condénase al mismo procesado a sufrir ocho años de la misma pena por el homicidio perpetrado en Jorge Enrique Quintero en la noche del catorce de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en la ciudad de

Neiva, de que trata este proceso. Quedan en firme las demás sanciones impuestas en el fallo, con la advertencia de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar por un período igual, al de la pena principal, o sea, de ocho años.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial, y devuélvase en oportunidad.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal, Of. Mayor.

DELITO POLITICO Y DELITO MILITAR— (Competencia para su juzgamiento).

La ley de justicia penal militar no puede sustraer, de los jueces ordinarios, el conocimiento de delitos comunes ejecutados por personas que no se hallan revestidas de fuero castrense, porque a ello se opone el principio consagrado en el artículo 170 de la Carta, según el cual el fuero militar sólo es aplicable a los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. De aceptar la tesis contraria, se llegaría al absurdo jurídico de que el Código Penal Militar absorbe la legislación penal ordinaria o común y destruye los principios fundamentales que informan el Código Penal, en relación con los delitos previstos y sancionados en los Títulos I y II de la Parte Especial de esta última obra.

En materia penal, cuando se trata de establecer si determinado hecho constituye violación de la ley penal militar, y por consiguiente un delito militar, no puede admitirse un criterio de interpretación extensiva, para deducir, por un simple razonamiento analógico, la existencia de un delito, porque ello equivale a aceptar que los juzgadores de derecho, cuya misión es la de interpretar y aplicar la ley, tienen facultad para crear delitos que la misma ley no ha previsto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

El apoderado de Francisco Vargas Holguín, doctor Fernando Londoño y Londoño, pidió al Juzgado Primero Superior de Bogotá provocara al Juzgado Penal Militar de la Brigada de Institutos Militares colisión de competencias para conocer del negocio que, por un delito contra el régimen constitucional, la seguridad interior del Estado y la salud e integridad colectivas, se adelanta contra Francisco Vargas Holguín y otros.

En providencia de julio diecisiete de mil novecientos cuarenta y cinco, el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá aceptó la petición del apoderado, doctor Londoño y Londoño, y dispuso:

"1º.—Solicitar, como en efecto se solicita, del señor Juez Penal de la Brigada de Institutos Militares el envío de las diligencias sumarias que cursan en su despacho contra el señor Francisco Vargas Holguín y otros por los delitos contra el régimen constitucional, la seguridad interior del Estado, la salud y la integridad colectivas, por ser de su competencia. 2º.—Provocar, como en efecto se provoca, al señor Juez Penal Militar de la Brigada de Institutos Militares, Colisión de Competencias, en el caso de que considere que a él corresponde el conocimiento de ese negocio y resuelva no atender el pedimento consignado en el numeral 1º de la parte resolutiva de esta providencia. 3º.—En el caso de que el señor Juez Penal Militar no dirima la competencia que se le provoca, desde ahora se le provoca colisión de competencias ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 3ª de 1945".

El Juzgado Penal de la Brigada de Instituto Militares, en auto de veintisiete de julio de este año, en la parte resolutiva, decidió lo propuesto por el Juzgado Primero Superior, así:

"PRIMERO.—No remitir, como en efecto no remite, al señor Juez Primero Superior de este Distrito Judicial las diligencias sumarias que cursan contra Francisco Vargas Holguín y otros, por delitos contra el Régimen Constitucional y la Seguridad Interior del Estado y contra la salud y la Integridad colectivas; SEGUNDO.—Aceptar, como en efecto acepta, la colisión de competencias provocada por el Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y TERCERO.—Remitir el presente incidente de Colisión de Competencias a la Honorable Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— para los efectos del artículo 11 de la ley 3ª de 1945".

Argumentos

Las razones del Juzgado Primero Superior para solicitar la remisión del negocio y afirmar que

éste es de su competencia, pueden resumirse así:

Las disposiciones de la Ley 3ª de 1945 sobre Justicia Penal Militar, no son aplicables al delito que se imputa al señor Francisco Vargas Holguín, porque a ello se oponen los preceptos contenidos en los artículos 170 y 215 de la Constitución Nacional. La jurisdicción y competencia, en este caso, son de la justicia ordinaria y no de la militar, pues no se trata de aplicar las sanciones contempladas en el Código Penal Militar, sino las del Código Penal (Ley 95 de 1936).

Por su parte, el Juez Penal Militar, para negar la petición del Juez Primero Superior, sostiene que las disposiciones de la ley penal militar, por ser especiales, son de aplicación inmediata para los delitos sancionados por ella, y que las personas que violan esos preceptos deben ser juzgadas por la jurisdicción castrense y no por la ordinaria.

El hecho imputado a Vargas Holguín —dice este funcionario— se halla catalogado como una infracción de la ley penal militar, y el juzgamiento es de su competencia, al tenor del artículo 7º, inciso 2º., numeral d) de la misma ley. Y agrega: "No existe incompatibilidad entre la ley Penal Militar y el artículo 170 de la Constitución Nacional, porque ésta no limita la jurisdicción y competencia de lo castrense al exclusivo conocimiento de los negocios a que hace alusión. De donde resulta que el precitado artículo 170 de nuestra Carta Fundamental al establecer el fuero especial para los militares en actividad empleó una formulación que al ser ejecutada por el legislador, dentro de la correspondiente vinculación normativa, permite la extensión de dicho fuero a otras personas..."

Examen del problema

.. Los fundamentos en que apoyan sus respectivas tesis el Juzgado Primero Superior y el Juzgado Penal Militar de la Brigada, hacen necesario el estudio previo de los siguientes puntos:

a) Qué se entiende por delito político;

b) Qué es un delito militar, y

c) A qué autoridad o funcionario corresponde el juzgamiento del delito imputado al señor Francisco Vargas Holguín.

Delito político

El proyecto de Código Penal Italiano, elaborado por la comisión que presidía Enrico Ferri, en su artículo 13, dice: "Son delitos político-sociales aquellos cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo". Y explica el contenido de esta disposición, así: "... Pero la palabra **exclusivamente** debe entenderse en el sentido de que los motivos determinantes sean de naturaleza política o social y, por tanto, altruista; y ello sin desconocer que en los actos humanos el egoísmo como base personal del que actúa, no es nunca extraño ni siquiera al altruísmo más puro, por ejemplo el amor materno: por ello es preciso distinguir el egoísmo social, esto es, no contrario a la utilidad general, del egoísmo antisocial que encuentra en el delito común su expresión más grave. Por ello existe siempre en los delitos político-sociales un móvil egoísta, aunque no sea más que la satisfacción de un ideal propio; pero el hecho cometido pierde su carácter generoso y excusable cuando el interés o la ventaja egoísta son el móvil decisivo, y el ideal político-social no es sino la bandera que cubre el contrabando, esto es, el fin de lucro, de venganza, etc. En estos casos, el delincuente más bien da prueba de una perversidad más refinada y peligrosa".

Al comentar Ferri, en el artículo 13 de su proyecto de Código de 1921, la definición de delito político, tratando de adaptarla al Código Penal de 1890, dice: "En la práctica son considerados como delitos político-sociales, los delitos contra la seguridad del Estado, contra la libertad política", y agrega que en esta denominación jurídica deben encajar nuevas formas de esos mismos delitos. Es decir, que hasta antes de 1921, época en que se redactó el nuevo proyecto de Código Penal Italiano, la doctrina y la jurisprudencia catalogaron siempre como delito político-social el que se cometía contra la seguridad interior del Estado y contra la libertad política.

Siguiendo la definición de Ferri, se podría decir que el delito político-social sólo se perfila cuando se comete por móviles políticos o de interés colectivo, móviles que se desarrollan y vigorizan al influjo de circunstancias especiales, determinantes de un hecho o momento histórico. Cuando falta cualquiera de estos factores, no puede afirmarse categóricamente que el hecho constituye un delito político y no un delito común. Si un hecho, a pesar del móvil y fin que lo determinan, esencialmente sociales y políticos, turba la paz pública y quebranta las condiciones de la organización constitucional, no por ello debe dejar de ser reprimido por el derecho positivo, porque la violación de la ley de las mayorías o de la

voluntad popular, consagrada en los principios constitucionales, no puede ser alterada por un solo individuo o grupo de individuos. En efecto, en el mantenimiento de aquellos principios se basa la conservación, régimen y estabilidad política de la nación; tal es la razón suprema para que la ley penal sancione los delitos políticos.

Frente a la facultad del Estado para prevenir y reprimir esta clase de ilícitos, se ha llegado a reconocer por algunos autores una especie de acción popular tendiente a vigilar el ejercicio legítimo del poder y aún a impedir el desconocimiento de los derechos del individuo y de la sociedad por parte de los gobiernos democráticamente constituídos. Quizá por esta concepción, el móvil y fin determinantes en los delincuentes políticos no pueden ser otros que el notorio interés de un mejoramiento de las condiciones económicas, políticas y sociales en el régimen de las instituciones o en el ejercicio del poder que los pueblos otorgan a sus gobiernos. Si llegare a faltar uno de tales requisitos, el delito no sería político sino común, pues lejos de lesionar al Estado en su organización política interna y en su orden jurídico, atentaría contra derechos comunes, con fines individuales y móviles egoístas.

La valoración de estos factores en la personalidad de los delincuentes políticos, ha llevado a los legisladores de los países democráticos a consagrar penas benignas para los que delinquen por tales motivos. La consideración de éstos es precisamente lo que justifica la benignidad de las sanciones, la excepción al principio general de la extradición, y las leyes de amnistía o indulto, que se dictan en favor de tales delincuentes, una vez extinguida la conmoción pública que determinó la comisión del delito político. Seguramente, en estas razones se fundó la Comisión Redactora del Código Penal Colombiano, cuando dijo: "Los delincuentes políticos que forman una categoría aparte y deben ser juzgados con benignidad en armonía con la tendencia universal, tanto de derecho penal como de derecho internacional público, de que el delincuente político y el delito político están sujetos a un régimen distinto, en todas sus etapas, del régimen de los delitos comunes y de los delincuentes comunes".

En síntesis: todo hecho violatorio de las normas destinadas a mantener el régimen constitucional y la seguridad interior de un Estado, cuando ese hecho se produce por causas y móviles sociales, constituye un delito político-social.

En el sistema de leyes vigente en nuestro país, no está definido el delito político. Sólo incidentalmente se hace alusión a él. Así, el Código Penal, en sus artículos 139 a 149, que se refieren a los hechos comprendidos bajo la denominación jurídica DE LA REBELION, DE LA SEDICION, DE LA ASONADA, y en las DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS PRECEDENTES, no define el delito político, pero enuncia los elementos que pueden configurarlo y deja a los juzgadores de derecho la facultad de catalogarlo en la escala penal correspondiente.

Se observa que la Constitución, al determinar las atribuciones que le corresponden al Congreso, en el artículo 76, numeral 23, dice: "Conceder, por mayoría de dos tercios de los votos de cada Cámara, y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos...". Más adelante, al hablar de las atribuciones que le corresponden al Presidente de la República, en relación con la administración de justicia, expresa en el numeral 4º del artículo 119: "Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad..." En estos preceptos es donde se emplea la expresión de "delitos políticos", aunque de ellos no se da una definición.

La Ley 95 de 1936 (Código Penal), en el artículo 9º, estatuye que la extradición se concederá de conformidad con los tratados públicos, y expresamente excluye de ésta a los delincuentes "político-sociales"; y luego, en el Capítulo Tercero, que se refiere al concurso de delitos y a la reincidencia, el artículo 35 dispone que no se tendrá en cuenta, para agravar la sanción principal, el haber sido condenado por un delito político cometido sin homicidio, incendio, saqueo o robo.

De lo expuesto se infiere que ni la Constitución, ni el Código Penal, dan una noción exacta del delito político. Sin embargo, no existe duda sobre lo que esta expresión significa, pues la apreciación de la intención, de la voluntad, móviles determinantes y realización del hecho externo por causas político-sociales, dan la idea de que en nuestra legislación no puede denominarse delito político sino al hecho comprendido en el Título II "DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL Y CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO", concepto que respaldan los redactores del Código Penal, cuando afirman:

"El segundo Título se refiere a los delitos contra el Régimen Constitucional y la Seguridad Interior del Estado **o sea los de carácter político** (Subraya la Corte), cuyos autores no son mirados como delincuentes vulgares y ordinarios, sino como ciudadanos que proceden inspirados a veces en los más nobles y levantados propósitos e ideales. Teniendo en cuenta este criterio, basado en los modernos principios de la doctrina elaborada por los más avanzados penalistas sobre la delincuencia política, la comisión suavisó la penalidad, estableciendo sanciones adecuadas, tales como el confinamiento, la interdicción de derechos y funciones públicas, la detención en un cuartel o establecimiento militar, etc.".

Delito penal militar

Ricardo Calderón Serrano define el Derecho Penal Militar como "el conjunto de principios, normas y disposiciones legales que para la protección de la disciplina militar hacen seguir al delito, que es la infracción, la imposición al culpable, de la pena, que es la sanción".

En esta definición se comprenden no sólo las leyes sustantivas, que determinan lo que se entiende por delito militar y su respectiva sanción, sino también las leyes penales militares adjetivas, o sea el procedimiento que debe adoptarse para conseguir la finalidad última, cual es la represión del delito.

Estos principios universales sobre justicia militar, consagrados en casi todas las legislaciones, marcan la diferencia existente entre aquélla y la justicia penal ordinaria o común. Es incuestionable que existen relaciones de dependencia entre el derecho penal ordinario y el derecho penal militar, pero cada uno tiene su órbita de acción, que les impide confundirse.

La justicia penal ordinaria, en razón del hecho y para efecto de su sanción, no reconoce fuero alguno al delincuente; en tanto que, para la justicia penal militar, no todas las personas son justiciables por las infracciones cometidas, ya que ella requiere una jurisdicción especial, determinada por la calidad del agente.

Aparte de estas diferencias, se anotan las relativas a las penas y normas procedimentales. En el derecho penal militar las penas son más severas, tienen caracteres de mayor gravedad, y sus leyes de procedimiento restringen la defensa del procesado; en cambio, en el derecho penal ordinario, las sanciones son más benignas y más amplio el procedimiento en relación con los medios defensivos del sindicado para justificar ante la ley el acto imputado.

Los postulados sobre derecho penal militar con jurisdicción propia e independiente, están consagrados en nuestra Constitución, y partiendo de ellos, los legisladores de 1931 y 1945 formularon en las leyes 84 y 3ª, respectivamente, el conjunto de normas, tanto sustantivas como procedimentales, que regulan no sólo la disciplina de las instituciones militares sino también los delitos cometidos por quienes forman parte de éstas.

El artículo 170 de la Constitución dice: "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". El espíritu de este precepto fue explicado por el doctor José María Samper, en los siguientes términos:

"Mucho se ha disputado sobre lo que se llama **fuero** o jurisdicción especial, y sobra razón para condenarlo como odioso, cuando tiene por objeto, ya sea sustraer a determinados individuos de la acción de la justicia, ya oprimirles con los excesos de una autoridad tiránica y cruel. Pero los fueros bien entendidos y practicados, nada tienen en sí de reprobables, si las jurisdicciones son especiales por la especialidad de la materia; si tienen por objeto dividir racionalmente el trabajo jurídico; si están sujetas en su acción al rigor de las leyes; si se aplican por igual a todos los asuntos judiciales de una misma naturaleza, y si están reglados, en resolución, por la suprema garantía de las leyes comunes. Así como es conveniente que haya Juzgados únicamente para lo civil, unos, y otros para lo criminal; que se establezcan Tribunales especiales para la Policía, para el comercio, para lo contencioso-administrativo, o para otros ramos del servicio judicial; asimismo conviene que haya Juzgados o Tribunales para conocer únicamente de los juicios militares, dado que este servicio es de grande y complicada extensión, y que por su naturaleza requiere una legislación y procedimientos especiales. Muy racional es, por lo tanto, que este artículo establezca la jurisdicción militar para los delitos puramente militares y lo que se refiere a este servicio, por medio de Cortes Marciales y Tribunales de esta naturaleza, y con arreglo a los procedimientos del caso y a las prescripciones del

Código Penal Militar. Esto, sin perjuicio de que en última instancia puedan conocer los Tribunales Civiles como Cortes Marciales".

Partiendo de esta norma constitucional y de las leyes que regulan la materia, se procede a examinar lo que se entiende por delito militar.

Dicen los comentadores que no hay delito sin ley que lo defina, ni pena aplicable sin precepto normativo que la imponga; y como la fuente del delito no puede ser otra que la ley, a ella debe atenerse el legislador para saber si determinado hecho constituye delito o no.

La Ley 35 de 20 de mayo de 1881 sobre Código Militar, expedida por el Congreso de los Estados Unidos de Colombia, en el artículo 1365, dice: "Son delitos miltares los que se cometen con infracción de las leyes penales militares, en asunto del servicio o dentro del cuartel. Todos los demás delitos o culpas cometidos fuera de estos casos serán juzgados como delitos comunes por los juzgados y tribunales civiles".

La Ley 84 de 1931, en su artículo 10, establece: "Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares o en asuntos del servicio militar o dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra y en general dentro de cualquier dependencia militar. Los delitos o culpas cometidos fuera de estos casos serán juzgados como delitos comunes por la justicia ordinaria". Esta disposición reprodujo el pensamiento de la ley 35 de 1881, sobre el contenido esencial de lo que informa un delito militar, estableciendo que éste sólo se configura cuando el hecho trae como consecuencia la violación de la ley penal militar, por razón o causa del servicio militar y dentro de las dependencias o lugares donde éste sea prestado.

La Ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar) derogó la Ley 84 de 1931, y en el Libro III, que trata "DE LAS INFRACCIONES MILITARES Y SUS PENAS", dice: "Artículo 140. Cometen infracción militar los militares en actividad y los civiles al servicio de las Fuerzas Militares, que violen las disposiciones del presente Código, en los términos establecidos en el mismo".

Esta norma, que es la vigente, contiene un desarrollo más explícito y concreto del artículo 170 de la Constitución Nacional. La Ley 84 de 1931 no hacía alusión directa a la calidad del sujeto capaz de cometer una infracción penal militar; en cambio, la nueva ley vinculó el contenido del delito militar a la calidad funcional del agente, al establecer que "cometen infracción militar los militares" en servicio activo y "los civiles al servicio de las Fuerzas Militares".

Para que exista delito militar, según lo dispone el artículo 140 del Código vigente, son indispensables estos elementos:

a) **Precepto normativo:** Violación de la ley penal militar. Lb. III, Títulos II a. XIV);

b) **Agente del delito:** Militares en actividad y civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) **Actividad funcional:** Que el delito se cometa por causa o con ocasión del servicio militar, o en ejercicio de funciones inherentes a él, y

d) **Lugar:** Que en el sitio donde se cometa la infracción se hallen establecidas o actúen fuerzas militares.

En ausencia de algunos de estos requisitos, el delito militar no existe, porque la fuente de éste, o sea la ley, exige la concurrencia de todos ellos.

Con base en los elementos que integran este ilícito, puede decirse que delito militar es todo hecho que viola los principios normativos de la Justicia Penal Militar, cometido por militares en actividad o civiles al servicio de las fuerzas militares, con ocasión de tal servicio o por causas inherentes al mismo, en lugar donde se hallen o actúen fuerzas militares.

La interpretación doctrinaria que la Corte Suprema ha dado sobre delito militar, está acorde con los principios que se dejan expuestos. En numerosos fallos ha dicho:

"Para que un delito sea de la jurisdicción militar, es preciso que esté probado plenamente el carácter militar del acusado; y si el delito fuere de naturaleza común pero cometido en tiempo de guerra, cesa el fuero militar con el restablecimiento de la paz". (Auto de 9 de julio de 1897).

"No hay delito militar sino cuando haya infracción de la ley penal militar. (Sentencia de 2 de julio de 1915).

"No hay delito militar sino cuando hay infracción de la ley penal militar, que esa infracción ocurra en asuntos del servicio y dentro del cuartel. Si la infracción de la ley militar se comete fuera del cuartel sin estar en servicio, el delito no es militar". (Sentencia de 28 de julio de 1919).

"Hay delito militar en tres casos, a saber: 1º) Cuando se infringe las leyes militares; 2º) Cuando el hecho delictuoso se comete en asuntos del servicio militar; y 3º) Cuando el hecho se comete dentro del cuartel. En estos dos últimos casos el

hecho ejecutado por un militar, puede ser un delito o culpa de derecho común".

"Los delitos comunes cometidos por militares son del fuero militar cuando se cometen con ocasión del servicio militar o cuando se cometen dentro del cuartel, aun cuando sea en tiempo de paz". (Sentencia de 20 de noviembre de 1923).

En providencia de mayo 23 de 1945, citada por el Juez Penal Militar, la Corte dijo: "Los artículos 10, 18 y 19 de la Ley 84 de 1931 dicen:

"Artículo 10.—Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares o en asuntos del servicio militar o dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra y en general dentro de cualquier dependencia militar. Los delitos o culpas cometidos fuera de estos casos serán juzgados como delitos comunes por la justicia ordinaria".

"Artículo 18.—Todo individuo desde que es incorporado en las unidades y cuerpos de tropa o dependencias militares, queda sujeto a la jurisdicción militar. Los oficiales lo están asimismo desde que toman posesión de sus puestos".

"Artículo 19.—Lo dispuesto en el artículo precedente se hace extensivo a los individuos de cualquier clase que estén desempeñando una comisión militar, o a los detenidos en prisiones o arrestos, y a los que se hallen en los hospitales militares".

"Según la primera de estas disposiciones por lo menos uno de estos tres requisitos se exige para que un delito se estime de carácter militar; o que se haya infringido las leyes militares; o que el hecho haya tenido ocurrencia dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques, buques de guerra y, en general, dentro de cualquier dependencia militar, o que la infracción se hubiere perpetrado en asuntos de servicio militar".

"De donde se deduce que si el delito se cometió con ocasión del servicio militar, la infracción no pierde su naturaleza por el hecho de que la persona imputada esté fuera del servicio, pues esta duda —de haberla— la disipan los artículos 18 y 19 de la citada ley".

En esta providencia, la Corte no interpreta el artículo 170 de la Constitución Nacional —según lo ha entendido el Juez Penal de la Brigada— como una ampliación del fuero militar para personas no militares, sino que aplica el precepto de la Carta en armonía con la ley. Los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 84 de 1931 establecen la calidad del personal incorporado a las fuerzas militares, comprendiendo en éste, tanto a los militares en servicio activo como a los civiles que colaboran como empleados del ejército, formando unidades del mismo, sin que esto implique que los preceptos citados deban extenderse a personas no comprendidas en las anteriores disposiciones.

La Ley 3ª de 1945 suprimió los artículos 18, 19 y 20 de la ley antes citada, para comprender en una sola disposición a las personas que violan la ley penal militar, cuando dijo que "cometen infracción militar los militares en actividad y los civiles al servicio de las fuerzas miltares".

Jurisdicción y competencia

La voluntad del legislador expresada en leyes sustantivas que definen y sancionan los delitos, no podría hacerse efectiva sin la intervención del poder público representado por la rama jurisdiccional, o por la justicia militar. La represión de los delitos constituye el objeto de la administración de la justicia penal, y el poder de sancionarlos se llama jurisdicción, que lleva anexa el imperio o fuerza coercitiva para hacer ejecutar sus decisiones.

En otros términos: las leyes que encarnan tales preceptos se denominan adjetivas o de procedimiento, porque señalan los jueces y tribunales que con jurisdicción y competencia pueden administrar justicia, mediante trámites adecuados. Sólo a los Tribunales y Jueces investidos de jurisdicción y competencia incumbe aplicar la ley en cada caso concreto, y sus decisiones tienen el carácter de obligatoriedad para las partes que intervienen en el juicio.

Así, pues, jurisdicción es la facultad que tienen las autoridades de la rama judicial o las entidades y funcionarios del servicio militar, para administrar justicia, de acuerdo con la Constitución y leyes de la República; y competencia es la facultad que tiene el juez o tribunal para conocer o fallar sobre determinado negocio.

De estos principios surge la distinción entre las jurisdicción ordinaria o común, es decir, aquella que no establece fuero especial, que es la regla general, y la jursidicción especial o privilegiada, aplicable al juzgamiento de determinados hechos y personas, que es la excepción. La jurisdicción emana de la ley, bien sea en forma directa o indirecta, y nadie puede ejercerla sin que la ley le haya atribuído ese poder. Sólo las personas investidas de jurisdicción y competencia, bien sea

ordinaria o especial, pueden administrar justicia y juzgar en cada caso concreto.

Aplicando estas reglas al objeto de estudio, tenemos: El artículo 5º de la ley 3ª de 1945 dice que la jurisdicción militar se ejerce exclusivamente por los funcionarios o entidades comprendidos en las cinco enumeraciones que trae el mencionado precepto. En esta jurisdicción se condensa el principio atrás enunciado, de que la jurisdicción emana de la Constitución y la ley, y que sólo pueden ejercerla los funcionarios o entidades a que se refiere este artículo.

El artículo 6º dice: "La competencia de las entidades y funcionarios para conocer de un asunto penal militar, depende de la calidad del agente del hecho y del lugar en que éste se comete". Esta disposición determina la órbita dentro de la cual se mueven las entidades o funcionarios de la justicia penal militar. La competencia, en este caso, crea un fuero especial, mediante la concurrencia de tres elementos constitutivos: el hecho, la persona y el lugar.

Los factores que integran la competencia en el Código de Justicia Penal Militar, deben valorarse en relación con los hechos que constituyen infracción de la ley penal militar. De donde resulta:

Competencia por razón de la persona.—En las infracciones penales militares, el sujeto activo de ellas no puede ser otro que el militar en actividad o el civil al servicio de las fuerzas militares. Así lo consagran los artículos 6º y 140 de la citada ley.

Competencia por razón de hecho.—Está constituída por el acto que viola disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, con el que se incurre en un delito o en una falta. (Artículos 6º, 140 y 141).

Competencia por razón del lugar.—En tratándose de infracción penal militar, el lugar puede ser cualquier sitio o dependencia donde se hallen establecidas o actúen fuerzas militares. (Artículos 6º y 7º, inciso 3º).

De lo anterior se deduce, con suficiente claridad, que la jurisdicción y competencia de las entidades y funcionarios que administran la justicia penal militar, en manera alguna pueden extenderse a infracciones cometidas por civiles ajenos al servicio militar o por militares que no estén en actividad.

Colisión de Competencias

Disponen los artículos 11 y 24 del Código de Justicia Penal Militar, que los problemas que se susciten sobre colisión de competencias entre las autoridades civiles y militares, se diriman por la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—. En virtud de estos mandatos y para cumplir con las finalidades de la ley, el Juez Penal de la Brigada de Institutos Militares de Bogotá, en auto de veintisiete de julio de este año, no aceptó la competencia provocada por el Juez Primero Superior de esta ciudad y ordenó enviar el asunto a la Corte.

De las diligencias que se remitieron como fundamento de estudio para resolver el problema planteado, se deduce:

a) Que el señor Francisco Vargas Holguín no pertenece, ni como militar en actividad, ni como civil, al servicio de las fuerzas militares; y

b) Que actualmente se le sindica por la comisión de un hecho comprendido en el Título II del Código Penal, que trata de los delitos contra el Régimen Constitucional y la Seguridad Interior del Estado.

Se dijo antes que delito militar es todo hecho que viola los principios normativos de la justicia penal militar, cometido por militares en actividad, por civiles al servicio del ejército, con ocasión de dicho servicio o por causa del mismo; y posteriormente, se estableció que la jurisdicción y competencia de las autoridades y cuncionarios que administran la justicia penal militar, recaen exclusivamente sobre los delitos estrictamente militares, en relación con la persona, el hecho y el lugar.

Si Francisco Vargas Holguín no tiene la calidad de militar en servicio activo, ni como civil pertenece a las fuerzas militares, el delito que se le imputa no puede ser de aquellos que expresamente sanciona el artículo 140 del Código de Justicia Penal Militar, y las entidades o funcionarios encargados de juzgarlo, no son los que determina el artículo 5º de esta obra, por no ser competentes, ni por razón de la calidad del agente, ni por razón del hecho, ni por razón del lugar. (Artículos 5º y 7º del Código de Justicia Penal Militar).

Dice el Juez Penal de la Brigada: "Las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, por ser de carácter especial, son de inevitable aplicación en cuanto prescribe que el conocimiento de determinados hechos delictuosos cometidos por ciertas personas corresponde a los Organos que integran la jurisdicción castrense, resultado necesario de lo anterior es que las entidades y funcionarios de la justicia ordinaria quedaron inca-

pacitados jurídica y legalmente para conocer de aquellos asuntos que fueron sustraídos de la esfera de su actuación legítima para "ser asignados al conocimiento de la jurisdicción penal militar".

Cierto es que las leyes que informan la justicia penal militar son especiales, y que como tales deben aplicarse de preferencia; pero el fuero militar creado por estas leyes, no puede hacerse extensivo a particulares que no infringen la ley penal militar.

La jurisdicción militar no puede invadir, sin desnaturalizarse a sí misma, el campo de la jurisdicción ordinaria. La excepción, que en este caso es la justicia militar, no destruye el principio general, que es la justicia común.

La Ley de justicia penal militar no puede sustraer, de los jueces ordinarios, el conocimiento de delitos comunes ejecutados por personas que no se hallan revestidas de fuero castrense, porque a ello se opone el principio consagrado en el artículo 170 de la Carta, según el cual el **fuero militar** sólo es aplicable a los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. De aceptar la tesis contraria, se llegaría al absurdo jurídico de que el Código Penal Militar absorbe la legislación penal ordinaria o común y destruye los principios fundamentales que informan el Código Penal, en relación con los delitos previstos y sancionados en los Títulos I y II de la Parte Especial de esta última obra.

Se puede argüir que, en virtud del artículo 7º, inciso 2º, numeral d) de la ley 3ª de 1945, las entidades o funcionarios que administran la justicia penal militar tienen competencia para conocer de los delitos cometidos por particulares, cuando afectan al régimen constitucional o la seguridad interior del Estado. A esto se contesta con lo que ya se dijo: La competencia para conocer y juzgar de un delito militar, no la de el simple hecho, sino la concurrencia de los tres factores, a saber: la calidad del agente, el hecho (infracción de la ley penal militar) y el lugar donde se comete. Cuando falta uno de estos requisitos, la competencia no es, ni puede ser, de las entidades o funcionarios militares, sino de la justicia ordinaria.

Pero hay más: el numeral d) de la disposición citada queda desvirtuado con lo dispuesto por el artículo 9º de la misma ley, que dice: "Cuando se trata de infracciones cometidas, conjuntamente, por agentes sometidos a la jurisdicción militar y por particulares que no lo están, debe sacarse copia de lo conducente y enviarse a los funcionarios competentes de la justicia ordinaria, para el juzgamiento de los últimos y salvo las excepciones establecidas en este Código".

Bien sabido es que en la aplicación de disposiciones que tienen una misma especialidad y se hallan en un mismo Código, se prefiere la posterior a la anterior, máxime cuando se trata de un delito que no es de carácter militar, ni de competencia de autoridades militares. En este caso, es necesario dar aplicación estricta a la disposición comentada.

Por otra parte, el numeral d) del artículo 7º, inciso 2º de la ley 3ª de 1945, no puede aplicarse al problema que se estudia, porque aquél es incompatible con el precepto del artículo 170 de nuestra Carta, y en tal situación deben cumplirse de preferencia las disposiciones constitucionales (Artículo 215 de la Constitución Nacional y artículo 5º de la Ley 153 de 1887). Como la ley no puede crear un fuero especial, si sus normas no tienen un respaldo constitucional, es indudable que su aplicación no puede llevarse a efecto en contra del estatuto fundamental.

También se dice que la fórmula del artículo 140 del Código de Justicia Penal Militar, es apenas enunciativa y que, respecto de los particuares, autores de determinados ilícitos, debe completarse con las disposiciones del ordinal c) del inciso 1º y del ordinal d) del inciso 2º, artículo 7º del mencionado Código.

La exégesis de que habla el Juez Penal Militar sería aceptable para el caso de establecer si determinado hecho constituye violación de la ley penal militar, y por consiguiente, un delito militar; pero ese criterio de interpretación extensiva en materia penal, no podría ni puede admitirse para deducir, por un simple razonamiento analógico, la existencia de un delito; ello equivaldría a aceptar que los juzgadores de derecho, cuya misión es la de interpretar y aplicar la ley, tienen facultad para crear delitos que la misma ley no ha previsto.

Por esto, en guarda de los derechos y libertades individuales, la Constitución establece, en su artículo 26: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

No se hace especial alusión a la jurisdicción y competencia, en relación con los delitos contra la

salud y la integridad colectivas, de que trata el Título VIII del Libro II del Código Penal, y a que se refiere la parte resolutiva del correspondiente auto del Juez Penal Militar, porque nadie puede poner en tela de juicio que tales infracciones son de competencia de los jueces ordinarios. La Corte resuelve solamente sobre la jurisdicción y competencia para conocer y juzgar los delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelve:

El conocimiento del hecho imputado al señor Francisco Vargas Holguín corresponde a la justicia ordinaria o común, con exclusión de la militar, y, concretamente, a los Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Bogotá.

En estos términos queda dirimida la Colisión de Competencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase,

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Aníbal Carvajal C.—Of. Mayor.

FACULTAD DE CALIFICAR LAS CIRCUNSTANCIAS DE PELIGROSIDAD

I. — La facultad de calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad corresponde a los jueces de derecho, y la de las circunstancias o elementos del delito, al jurado.

II. — Le demanda de casación debe formularse según los requisitos del artículo 531 del estatuto procesal civil, en atención a lo prescrito por el artículo 7º del estatuto procesal penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre tres de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno).

VISTOS:

Luis Enrique Moreno y Efraín Marín interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 12 de noviembre de 1943, que los condenó — con aplicación de los artículos 23, 362 y 385 del Código Penal — a la pena principal de cinco años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Ezequiel Ariza, cometido en la ciudad del Socorro la noche del 20 al 21 de diciembre de 1938.

Sometido el recurso a las normas del estatuto procesal penal, y conferido el correspondiente traslado a los recurrentes y al Procurador Delegado, la Sala lo decide, con fundamento en las razones que, ordenadamente se exponen en seguida, y previo resumen de los hechos y análisis de las solicitudes de las partes.

I. — Resumen de los hechos

Al restaurante "La Estrella Roja" establecido en uno de los barrios extremos de la ciudad del Socorro, entraron en la noche del 20 de diciembre, primero los chauffeurs Ezequiel Ariza y Luis Antonio Suárez, y más tarde Luis Enrique Moreno, Efraín Marín, Luis Eduardo Rueda (de sobrenombre "el Mono") y Jesús A. Mendoza, cabo el primero y guardas los otros, de la policía o resguardo de Rentas Departamentales. Ariza y Suárez se entretenían jugando al billar y tomando licor, mientras Moreno y sus compañeros conversaban y bebían, sentados a una mesa retirada de la del billar.

Súbitamente una pieza de música recordó a Ariza su drama de familia — pues parece su esposa había abandonado su hogar y sus niños — y se dedicó a beber con tal exceso, que perdió el control y, bajo la influencia del recuerdo y del alcohol, comenzó a lanzar y romper botellas y otros objetos y a amenazar a los concurrentes, especialmente a los guardias, hechos que éstos, en un principio, recibieron con prudencia, hasta que por motivo de que Ariza había refundido su sombrero y Moreno se lo puso, éste fue injuriado y agredido, y se trabaron en lucha, cayendo Ariza a tierra.

Los compañeros de Moreno, visto este incidente, agredieron con sillas y golpes de mano, empeñándose así los dos grupos en una contienda grave; Moreno, que apareció con dos heridas de puñal en el hombro y en el glúteo izquierdo y que imputó a Ariza, rastrilló su revólver contra éste, sin que hubiera dado fuego. Claudio Flórez, el dueño del establecimiento, logró sacar a la calle a Ariza y Suárez y cerrar la puerta, no sin que Moreno hubiera disparado de nuevo contra Ariza, ya lesionado a golpes, y contra su compañero Suárez; éste logró llevar a aquél a la acera de enfrente, y entonces — dicen los testigos — Moreno y Marín les dispararon desde una de las ventanas del salón de billar, parece que sin resultado, visto lo cual salieron y, cuando Ariza estaba tendido en la acera, por causa de los golpes sufridos o del alcohol ingerido, se le acercaron y le hicieron el disparo fatal en el estómago, que en pocos momentos le extinguió la vida.

II. — Actuaciones procesales

Sobre estos datos, que fueron materia de controversia aun entre los mismos procesados Moreno y Marín, se fundaron las siguientes actuaciones:

a) El auto de proceder del Juzgado en el que, con base en que los peritos conceptuaron que el proyectil extraído a Ariza pertenecía al arma de Marín, se consideró a Marín como autor de homicidio intencional y a Moreno, como autor de homicidio frustrado;

b) El auto de proceder del Tribunal, que rechaza la absurda tesis del homicidio frustrado que el Juez

imputó a Moreno y sienta la del concurso de delincuentes, pero sin que se haya podido determinar con precisión cuál fuera el verdadero autor de la herida mortal;

c) Los cuestionarios formulados sobre el hecho material, el propósito y la ejecución del delito en estado de ira o dolor causados por grave provocación, este último a solicitud del defensor, y con exclusión de la figura de la complicidad correlativa, cuestionarios que fueron contestados afirmativamente por el jurado;

d) La sentencia del Juez Superior, condenó a Moreno y a Marín, a la pena de diez y seis meses de presidio, con aplicación de los artículos 28, 362 y 385 del Código Penal, y

e) La sentencia del Tribunal Superior, que aumentó a cinco años el tiempo de la pena, en consideración a las circunstancias de mayor peligrosidad de los numerales 6º y 7º del artículo 3º del mencionado Código.

III .— La demanda y su contestación

El apoderado de Moreno dirigió un memorial a la Corte, aún antes de que el negocio hubiera llegado aquí y, en consecuencia, antes de que se hubiera admitido el recurso y ordenado el correspondiente traslado y que, como demanda de casación, no está formulada de acuerdo con los requisitos que exige el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aquí aplicable en virtud del artículo 7º del de Procedimiento Penal.

La demanda de casación — en efecto — debe contener: un resumen de los hechos controvertidos, la determnación y fundamento de las causales que se invoquen y la citación de las normas que se consideren violadas.

El recurrente — según se deduce de su escrito a la Corte — impugna la sentencia del Tribunal, por dos motivos:

a) Porque "ha habido una equivocada interpretación de los hechos en la sentencia" (numeral 2º del artículo 567), y

b) Porque "el fallo de la segunda instancia es violatorio de la ley penal por errónea interpretación de la misma y por su mala aplcación" (numeral 1º, artículo 567).

La objeción del recurrente, se concreta a la aplicación de las circunstancias de mayor peligrosidad de los numerales 6º y 7º del artículo 57 del Código Penal, pero sin expresar cuál o cuáles fueron las normas violadas, como lo prescriben los artículos 7º y 531 de los estatutos procesales, penal y civil, respectivamente.

El Tribunal Superior, después de reafirmar el acuerdo del veredicto con la evidencia de los hechos, explica la decisión objetada en la forma que sigue:

"Si bien es cierto — dice la sentencia — que no fueron computadas la alevosía y la sevicia esbozadas por el Fiscal del Tribunal en lo arriba trascrito, en el evento actual militan dos circunstancias de mayor peligrosidad, o sean las definidas por los ordinales 6º y 7º del artículo 3º del Código Penal, pues existen probados hechos que demuestran una gran insensibilidad moral en los acusados y éstos abusaron de circunstancias desfavorables al ofendido, como ya se vio".

Las circunstancias que el Tribunal declaró probadas son las siguentes:

a) El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente, y

b) El abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido o de circunstancias desfavorables del mismo.

Para el recurrente, dichas circunstancias no existen, por estas razones: primera, porque Moreno y Marín no buscaron el sitio ni el tiempo anticipadamente ni prepararon las armas que se dispararon; segunda, porque sólo después de la muerte de Ariza supieron que estaba desarmado; tercero, porque Moreno y Marín ignoraban las condiciones de inferioridad de Ariza, y finalmente, porque el estado de ira y de dolor en que los procesados lo ultimaron no les permitía actuar con la serenidad y tranquilidad de hombres en estado normal.

El Procurador Delegado en lo Penal se opone a la demanda, no sólo porque la ley otorga a los juzgadores amplia libertad para estimar y aplicar las circunstancias agravantes de la responsabilidad en cuanto no se tengan como modificadoras o elementos constitutivos del delito, sino porque aquí, dada la innegable gravedad de los hechos, de aquella no se hizo uso exagerado o infundado, no obstante que el Tribunal omitió consideraciones que hubiera podido hacer, relativas al número de los agresores, suficientes para someter o dominar a Ariza sin necesidad de recurrir a las armas oficiales con que luégo lo ultimaron.

"En cuanto a la insensibilidad moral de los procesados que se aduce con base en el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal — añade la Procuraduría — esa circunstancia tiene amplio respaldo en el proceso. Lo mismo cabe decir — termina — sobre las condiciones de inferioridad personal del ofendido".

IV. — Decisión del recurso

No considera la Corte "la equivocada interpretación de los hechos" porque, conforme a doctrina reafirmada en recursos análogos, la segunda causal de casación no es aplicable a los juicios en que el jurado ha intervenido, por la muy lógica razón de que, al ser fundada, llevaría no sólo a convertir la casación en instancia sino también a la declaración de notoria injusticia del veredicto, causal que si rigió durante la vigencia de la Ley 118 de 1931, fue — en virtud del contenido y técnica propios de la casación — excluída en el nuevo estatuto procesal penal; así, pues, aunque el recurrente hubiera precisado los hechos que el Tribunal interpretó equivocadamente y en qué consistió esa equivocada interpretación — lo que no hizo en forma alguna— la Corte siempre se habría abstenido de considerar la mencionada causal, hoy únicamente aceptable en los recursos contra sentencias dictadas en procesos en que el jurado como en los de competencia de los Jueces de Circuito no ha intervenido.

El estudio del recurso se circunscribe — en consecuencia — a la causal primera, que el recurrente funda en la indebida aplicación de las circunstancias de mayor peligrosidad determinadas en los numerales 6º y 7º del artículo 37 del estatuto penal, y que el Tribunal, en su sentencia, apenas si funda en la siguiente afirmación, no suficientemente explicada: "Existen probados hechos — dice — que demuestran una gran insensibilidad moral en los acusados, y éstos abusaron de circunstancias desfavorables al ofendido".

Dos cuestiones, una general, y otra especial, es necesario analizar aquí: la facultad de apreciar las circunstancias de peligrosidad, y el uso que los falladores de instancia hicieron aquí de esa facultad.

En cuanto a lo primero, la norma legal (artículo 499) y la doctrina, han fijado la extensión de aquella facultad, sin otro límite que su naturaleza jurídica y la clasificación que ella impone; de acuerdo pues, con tales normas y doctrinas, la calificación de las circunstancias de peligrosidad está atribuída a los jueces de derecho, y la de las restantes, sean modificadoras o constitutivas del delito, a los jueces de hecho, sin que ésos ni aquéllos puedan ejercer su atribución independiente opuestamente a los datos del proceso.

Sentada esta premisa, la Corte estudia en seguida, si el Tribunal tenía fundamento para agravar la pena impuesta a los procesados, en atención a las circunstancias de mayor peligrosidad (numerales 6º y 7º, artículo 37, Código Penal) ya anteriormente mencionadas, o si por el contrario, como lo afirma el recurrente, los hechos considerados como tales no fundan la calificación dada en la sentencia.

El Tribunal — en relación con la circunstancia 6ª se limita a declarar que "existen probados hechos que demuestran una gran insensibilidad moral en los acusados", sin referencia alguna a tales hechos, ni a los elementos específicos probatorios que la misma norma determina.

La insensibilidad moral, en efecto, atributo de la mayoría de los delincuentes por tendencia o instintivos, se deduce — según el Código Penal vigente — de la existencia de determinados factores, de contenido sintomático, que la demuestren; así, el tiempo, el lugar, los instrumentos y el modo de ejecución, deben haber intervenido en forma tal, y nó en una cualquiera, que sean capaces de revelar la cualidad de insensible moral.

Moreno y Marín, de acuerdo con el proceso, ultimaron a Ariza en sitio y tiempo no escogidos, previstos ni aprovechados deliberadamente, sino en la hora y sitio en que la vida de cabaret — que no otra cosa era el establecimiento de "La Estrella Roja" — es más intensa y agitada y más propicia al delito ocasional; no dieron muerte a Ariza previa violación de su domicilio o de domicilio ajeno o en un lugar, por su categoría y destino, digno de la consideración social, ni en sitio solitario, ni en hora, en que los procesados hubieran podido asegurar el delito o prevenirse contra el riesgo de la imputación delictuosa y de la consiguiente sanción; tampoco usaron de armas o instrumentos de agresión crueles o insidiosos, ni adoptaron, en la ejecución de su delito, medios opuestos a los comunes y ordinarios, ni fue realizado con modalidades reveladoras de habilidad o pericia o aptitudes delictuosas extraordinarias. No podía, pues, afirmarse aquí que la hora, sitio, arma y modo del delito, demuestren la insensibilidad moral de los procesados, en la forma tan categórica como inexplicada en que el Tribunal lo ha afirmado, y con mayor razón si—de acuerdo con los testimonios de quienes presenciaron los hechos — fue Ariza quien mediante injurias y agresiones de hecho, entre las cuales el ataque a puñal de que fue víctima Moreno, provocó — descontrolado por causa de aguda intoxicación alcohólica — la contienda en que perdió la vida.

Pero si los factores de sitio, armas y modo de ejecución no demuestran claramente la insensibilidad moral de los procesados, sí el abuso de las condiciones de inferioridad personal de Ariza y de las circunstancias desfavorables en que se hallaba, en efecto, después de que el dueño de la cantina sacó a Ariza y a su compañero a la calle, y cuando el primero ya estaba herido y vencido por los golpes re-

cibidos en la cabea, Moreno se aprovechó de que la puerta no había sido cerrada del todo, salió y disparó contra Ariza y Suárez; aún más, Moreno y Marín, dispararon sus revólveres, momentos después, desde una de las ventanas del establecimiento, contra los mismos, y más tarde, cuando ya Ariza se hallaba acostado en la acera de enfrente, sin medio de defensa alguna, Moreno y Marín, o uno de ellos, le hicieron, a corta distancia, en el estómago, el disparo mortal. Es infundada, pues, la objeción del recurrente, según la cual los procesados no sabían que Ariza estaba desarmado, ya que lo que aquí constituye el abuso de las condiciones de indefensión es, precisamente, el estado en que Ariza se hallaba cuando Moreno o Marín le hicieron el último disparo. Y no es irrazonable la objeción del Fiscal y del Tribunal, de que no se hubiera propuesto la alevosía y la sevicia, circunstancias que — según ellos — podían haber sido sometidas a la consideración del jurado, con tanto mayor razón cuanto que aún no se había expedido la ley que revivió la deliberación entre los jueces de conciencia.

Fundada como está la circunstancia del numeral 7º del artículo 37, y considerada la gravedad y modalidades del delito, se deduce que el Tribunal, en la sentencia, no incurrió en la violación de la ley penal que el recurrente le imputó, pues si bien no está demostrada a insensibilidad moral de los procesados mediante los factores de tiempo, sitio, armas y modo, la sola circunstancia del abuso de la indefensión, justifica la agravación o aumento de la pena.

Aún más, el Tribunal incurrió en un error, al configurar y aceptar el fenómeno de la complicidad correlativa, sin que se hubiera propuesto al jurado, ya que tratándose de una circunstancia modificadora del delito, su apreciación y calificación correspondía a los jueces de hecho y no a los jueces de derecho, —de acuerdo con la doctrina de los artículos 498 y 499 del estatuto procesal penal — lo que dio lugar a una irregular disminución de pena, error éste que la Corte habría podido subsanar si el recurrente hubiera sido el Fiscal del Tribunal y planteado a la Corte el problema aquí sugerido.

En consecuencia 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 Procurador Delegado, en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 12 de noviembre de 1943, por la cual condenó —con aplicación de los artículos 28, 362 y 385 del Código Penal — a Luis Enrique Moreno y Efraín Marín, a la pena de cinco años de presidio por el delito de homicidio en Ezequiel Ariza.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Por el Secretario, el Oficial Mayor, **Aníbal Carvajal.**

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE DE ASESINATO CUANDO EL JURADO LAS AGREGA

Como ya lo dijo brillantemente el señor Procurador Delegado en lo Penal, "el Código Penal colombiano eleva a la categoría de asesinato el homicidio cometido intencionalmente y con cualquiera de las circunstancias que señala el artículo 363, aunque el agente haya obrado por graves e inmediatos motivos de provocación y aun con móviles nobles. Esto indica lo anticientífico y aberrante que es ese artículo, el cual indudablemente se desfiguró y alteró en su esencia en los debates que sufrió la reforma penal ante el Congreso. De ahí que, para evitar injusticias, la jurisprudencia de la Honorable Corte haya aceptado para el asesinato circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente cuando el jurado las agrega y ellas no son inconciliables con alguna de las hipótesis que plantea el expresado artículo 363..... Mientras esa disposición no sea enmendada por el legislador los jueces no pueden desconocerla, aunque produzca repugnancia intelectual que puede ser asesino quien mata en circunstancias francamente atenuativas de su responsabilidad".

En el caso a que alude el proceso el demandante impugna el fallo fundándose en la teoría de la imposibilidad de la coexistencia del "asesinato atenuado"; pero no expresa por qué el fallador se apartó de los términos de la contestación de los jueces de conciencia. Mas éste no es el pensamiento del recurrente. Claramente dejó comprender él en la sesión pública que el Tribunal Superior de Bucaramanga debió traducir ese veredicto, desentrañando — por encima de las declaraciones del jurado — el sentido jurídico y científico de la respuesta, entendiendo que la afirmación de la alevosía y asechanza, enfrentada a la otra, o sea, el haber obrado los infractores movidos por un dolor intenso causado por grave e injusta provocación, tenía que desaparecer del veredicto en el momento preciso de acomodarlo lógicamente a la ley. La Sala, en vez de la alegada desarmonía, halla un perfecto acuerdo, una concatenación y vinculación indiscutibles entre las dos piezas referidas. Y más, estaría dispuesta — por la índole de los razonamientos— a suponer que lo que el doctor Luna Gómez tuvo en mientes fue acogerse a la causal 7ª de casación, que trata de sentencia proferida sobre un veredicto contradictorio. Ciertamente choca contra el natural sentido de las palabras, y produce un momentáneo desconcierto, el que pueda hablarse a un mismo tiempo de "asesinato atenuado", siendo aquella figura de por sí un homicidio agravado. Pero ya el competente colaborador de la Sala explicó — y lo hizo con innegable acierto — en qué consiste y de dónde arranca esa antinomia.

La mente, en un primer impulso, rechaza la proposición de "asesinato leve", cuya primera representación es la de ser contradictoria. Porque el homicidio agravado, que está denominado con una palabra (asesinato) demasiado ondulante, que no corresponde a su linaje etimológico ni a su tradición histórica, no se concibe, estrictamente, sino cuando lo rigen factores— objetivos y subjetivos — que armonicen con su condición de grave. Mas si en el hecho concurren simultáneamente otros, completamente antípodas, y se reconocen a la par que aquellos que le dieron al delito fisonomía alarmante, entonces hace su aparición la perplejidad que manifiesta el doctor Luna Gómez y que en muchos otros habrá hecho presa.

El Código Penal colombiano vigente, que entre sus virtudes cuenta la de haber huído del casuísmo, esforzándose más bien por exhibirse como un estatuto resumido y breve, propio para ser aplicado por expertos, se apartó del anterior en aquella enumeración abundante de disposiciones (910), como el de Cuba, que aun cuando está considerado como el más atrevido y más francamente positivista, tiene 594 artículos, al paso que el argentino no excede de 306 y el colombiano actual llega a 435. Hé ahí una razón, que pudiera llamarse complementaria de las que ha dado el señor Procurador Delegado en lo Penal, para explicar la interpretación que los tribunales del país y la Corte han hecho del artículo 28 en relación con el 363, o, mejor, para admitir que el prime-

ro no siempre se opone al segundo, siendo así que aquel, al atenuar la pena por la ira o el dolor del procesado, se refiere a toda infracción penal, pues dice "cuando se cometa el hecho", o sea, que no señala sanción, ni la califica, sino que la subordina. Lo que está indicando que esa disposición se refiere a toda clase de homicidio, lo mismo que a toda clase de lesiones personales, con tal, claro está, de que no se trate de hechos culposos.

El motivo determinante, que da la tónica moral y jurídica de toda acto humano, puesto que es la revelación del sentimiento e ideas del actor, es cosa distinta de las modalidades de la ejecución criminosa, y así se presentan diferentes modos de obrar.

En el caso del proceso se le planteó al jurado una precisa situación, muy concisa en el auto de proceder, y él afirmó su existencia, como hubiera podido negarla. Si algo agregó a su modo de determinarse, a ese algo se le dio un alcance modificador, y esa modificación está imperando en el fallo.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

El catorce de enero de mil novecientos cuarenta y uno, en la ciudad de Bucaramanga, Tarsicio y Eliseo Rodríguez, hallándose dentro de un automóvil y sin gesto o ademán que pusiera sobre aviso a las víctimas, les dieron muerte a José Antonio Vásquez y a Luis Alfredo Vásquez. Ambos agresores descargaron sus armas (escopeta y revólver) contra una sola persona: José Antonio Vásquez; pero Eliseo alcanzó con los proyectiles de la suya (revólver) al acompañante de José Antonio — su hermano, — es decir, Luis Alfredo, quien murió inmediatamente El fallecimiento de aquél ocurrió dos días después

Consúmados los hechos, los atacantes huyeron en el vehículo que ocupaban y desde el cual realizaron la agresión, y veintiún días después (el 4 de febrero) comparecieron ante el funcionario de instrucción a rendir cuenta de sus actos y a explicar los motivos que los determinaron a proceder contra José Antonio Vásquez, que son éstos, en síntesis.

Gilberto Rodríguez, hermano de Tarsicio y primo de Eliseo, había casado con Sara Vásquez, hija de José Antonio del mismo apellido. Tanto el padre de Gilberto como el de Sara se disputaban el agrado de que la pareja viviera con ellos, lo que no podía ocurrir a un mismo tiempo, porque las residencias se hallaban en distintas poblaciones: en Girón la del padre de Gilberto, y en Bucaramanga la del padre de Sara. Y cuando los esposos Rodríguez-Vásquez se encontraban en casa de José Antonio, después de haber iniciado su existencia conyugal en la del padre de Gilberto, éste, que se aprestaba a volver nuevamente con su mujer al hogar de su papá tras de breve discordia, fue muerto por su suegro José Antonio Vásquez, el veintiuno de diciembre de mil novecientos cuarenta.

Tal hecho conmovió intensamente a los parientes de Gilberto Rodríguez, quien era muy estimado entre los suyos, y llenó de resentimiento a Tarsicio y Eliseo Rodríguez, especialmente, quienes resolvieron poner en marcha sus recónditos designios contra el que había quitado la vida a un miembro muy dilecto de su familia.

Hé ahí, pues, la medúla del juicio adelantado contra los mencionados Tarsicio y Eliseo Rodríguez, cuyas responsabilidades dedujo el jurado reunido en los días veintiocho y treinta y uno de julio, primero, dos, tres y cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, en las audiencias, presididas por el Juez 2º Superior de Bucaramanga, quien les presentó a su consideración el siguiente cuestionario, contestado afirmativamente, pero aclarando que los procesados habían obrado "en estado de intenso dolor causado por grave e injusta provocación", y que Eliseo Rodríguez le había dado muerte — por error— a Luis Alfredo Vásquez:

"El acusado Tarsicio Rodríguez es responsable de haberle ocasionado la muerte a José Antonio Vásquez, por medio de las heridas descritas en la diligencia de autopsia que obra a los folios 58 v. y 59 causadas con proyectil de pequeño calibre (balines de escopeta), que le perforaron diversas partes del cuerpo, hecho causado en esta ciudad el día 14 de enero de 1941, y en la ejecución de este hecho obró el procesado con el propósito de matar?"

"El acusado Tarsicio Rodríguez cometió el hecho por el cual se os acaba de interrogar con alevosía, esto es sorprendiendo a su víctima en condiciones de indefensión o inferioridad?"

"Tarsicio Rodríguez cometió el hecho por el cual se os interrogó en la cuestión primera con asechanza, es decir, encontrándose el occiso en condiciones de indefensión o inferioridad?"

"El acusado Eliseo Rodríguez es responsable de haberle ocasionado la muerte a Luis Alfredo Vásquez, por medio de la herida descrita en la diligencia de autopsia del folio 19 y vuelto, causada por un pro-

yectil de revólver calibre 38, que le perforó la masa encefálica, hecho consumado en esta ciudad de Bucaramanga el día 14 de enero de 1941, y en la ejecución de este hecho obró el procesado con el propósito de matar?"

"Eliseo Rodríguez cometió el hecho por el cual se os acaba de interrogar con alevosía, esto es encontrándose su víctima en condiciones de indefensión o inferioridad?"

"Eliseo Rodríguez cometió el hecho por el cual se os interrogó en la cuestión primera con asechanza, es decir, sorprendiendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad?"

En desarrollo de ese veredicto, el Juez del conocimiento dictó sentencia condenatoria, en la que le impuso a los responsables la sanción principal de seis años y medio de presido a cada uno, fallo que fue reformado — el 14 de diciembre de 1944 — por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el que se fijó la pena privativa de la libertad ya especificada en ocho años, reconociendo que habían mediado las circunstancias de mayor peligrosidad relativas a las modalidades del hecho y el haber sido ejecutados los delitos en complicidad previamente concertada. Como circunstancia de menor peligrosidad se tuvo en cuenta la buena conducta anterior de los procesados.

Contra esta sentencia recurrió en casación el señor defensor de los procesados; y en la demanda que para sustentar el recurso presentó ante esta entidad, ha invocado las causales 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dicen:

Causal 1ª — "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Causal 3ª — "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Demanda de casación

En un extenso y bien elaborado escrito, el demandante, doctor Saúl Luna Gómez, ha desarrollado sus puntos de vista y pretende, conforme a ellos, que la Sala invalide la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, la que considera vulnerable, tanto por haberse interpretado injurídicamente el veredicto, como por haberse computado circunstancias de mayor peligrosidad inexistentes, dejando, en cambio, de apreciarse otras contrarias y favorables, por lo mismo, a sus representados.

Este es el resumen de los fundamentos del recurso, y la Sala podría con esa sola base entrar a decidirlo. Pero como el recurrente ha tratado algunas cuestiones de singular importancia no sólo en la demanda, sino en las audiencias, en las cuales amplió — con notable elocuencia — sus asertos, es indicado transcribir algunos pasajes de aquélla y aludir a los más destacados argumentos de la exposición oral.

Así, por ejemplo, cuando combate el criterio del Tribunal, que lo condujo a aceptar el veredicto como integrante de homicidio en su escala de más elevada gravedad, dice:

".... En la sentencia el Tribunal violó los artículos 28, 362 y 363 del código penal, por mala interpretación e indebida aplicación. Correspondía, supuesto el veredicto del jurado, aplicar el artículo 362 en conjugación con el 28; y el fallo acusado prefirió aplicar el artículo 28 conjugado con el 363.

"..... El meditar sobre las dos normas 362 y 363 del código penal surge la conclusión" (sic) "de que la segunda es una categoría más elevada en la trágica escala del crimen, y la lógica elemental nos induce a que para llegar a la segunda altura debe pasarse antes por la del principio.

"No se puede llegar a ser asesino sin antes haber tenido la categoría jurídica indispensable para ser homicida itencional simple, o sea: homicida del artículo 362" (sic). "Que quien no llega a los estrados lúgubres del homicida intencional simple, está lejos del asesinato; más lejos que aquel que ya pisa el primer escalón de la pendiente. Cómo saltar al asesinato cuando hay constancia reconocida por el veredicto de que no se tiene la perversión del homicida intencional simple?

"..... El agente delictuoso, antes de llegar a la cumbre, que en puntos de delitos de sangre es el asesinato, debe recorrer — al menos en la biología del alma — la fatídica escala grada a grada.

"Por esto se comprende que el artículo 363 haya dicho: "Si el hecho previsto en el artículo se cometiere.... toma la denominación de asesinato". Luego si se trata de un hecho que no alcanzó la categoría del artículo 362 (homicidio intencional simple) sino que se quedó en la categoría mucho más tenue y leve del artículo 28, se viene a violar el primer inciso del 363 cuando se pretende darle categoría de asesinato a un homicidio cometido en estado de intenso dolor. Porque ese homicidio está en la penumbra de los intencionales de menor gravedad, se encuentra en una grada inferior a la grada establecida por el artículo 363 meramente".

Y ofrece, un poco más adelante, en apoyo de su disertación, el siguiente ejemplo:

"En tales eventos, el marido burlado que da muerte a la adúltera sorprendiéndola en el coito, verbi-

gratia, lo hace con toda alevosía, tomándola descuidada e indefensa o en imposibilidad de defenderse. En la historia del hombre, puede encontrarse y se encontrará muchas veces que el marido rastrea y vigila a su cónyuge, lo cual sería el asecho de la víctima, cuando el homicidio se consuma.

"Y con todas estas circunstancias concurrentes y antecedentes el legislador no ha tenido dificultad lógica alguna en declarar que allí no hay un asesinato, sino un homicidio atenuado que puede llegar a no existir siquiera, quedando el autor físico libre de toda imputación criminal".

Luégo, en orden a sostener que hubo una errada deducción de las circunstancias de mayor peligrosidad y que, en cambio, no se apreciaron algunas de menor peligrosidad, expresa:

"La complicidad de alguno, previamente concertada, con el autor material del delito, es delictuosa. A ella se refiere el artículo 20 del Código Penal, para definirla y señala la penal que oscila de la mitad a las cinco sextas partes de la señalada para el autor material.

'Esa complicidad es imputable a quien realice la cooperación cumpliendo promesas anteriores a la consumación del delito.

"Pero el auto de proceder no llamó a responder en juicio a nadie, como cómplice de Tarsicio Rodríguez por el homicidio de José Antonio Vásquez, ni llamó a nadie a responder criminalmente como cómplice de Eliseo Rodríguez por el homicidio en Luis Alfredo Vásquez.

"..... También acuso la sentencia de haber violado el artículo 38 del código penal, numerales 2º y 9º, con error de hecho, pues aparécen de autos ambas circunstancias de menor peligrosidad, y no fueron tomados en cuenta para aplicar la pena".

Concepto de la Procuraduría

En opinión del señor Procurador Delegado en lo Penal, quien al final de su Vista pide que no se invalide la sentencia acusada, el demandante ha sustentado las dos causales en "los mismos argumentos", los que replica, como pasa a verse.

Al referirse al primero, o sea, al que pudiera llamarse cardinal, puesto que de aceptarse, la pena tendría que variar fundamentalmente dice:

"En el auto de proceder se le imputó a cada uno de los procesados un delito de homicidio con circunstancias específicas de asesinato, derivadas del modo de ejecución del delito, ya que a las víctimas se les ultimó en condiciones de inferioridad e indefensión. Hubo alevosía de parte de los homicidas, la que, unida al propósito de matar, configuró el asesinato.

"..... El Código Penal colombiano eleva a la categoría de asesinato el homicidio cometido intencionalmente y con cualquiera de las circunstancias que señala el artículo 363, aunque el agente haya obrado por graves e inmediatos motivos de provocación y aun con móviles nobles. Esto indica lo anticientífico y aberrante, que es ese artículo, el cual indudablemente se desfiguró y alteró en su esencia en los debates que sufrió la reforma penal ante el Congreso.

"De ahí que, para evitar injusticias, la jurisprudencia de la Honorable Corte haya aceptado para el asesinato circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente cuando el jurado las agrega y ellas no son inconciliables con alguna de las hipótesis que plantea el expresado artículo 363. Tal ocurre en el presente caso. Lo que quiere decir que, mientras esa disposición no sea enmendada por el mismo legislador, los jueces no pueden desconocerla, aunque produzca repugnancia intelectual que pueda ser asesino quien mata en circunstancias francamente atenuativas de su responsabilidad, como lo demuestra brillantemente el señor defensor.

"..... Por lo demás, la alevosía que se les imprtó a los acusados, no fue aquella de carácter imprevisto u ocasional, puesto que ella obedeció a una preparación ponderada, a un cálculo detenido, como irrefutablemente lo demuestran los sentenciadores frente a la serie de hechos que realizaron los acusados antes de ultimar a sus víctimas. Esta alevosía marca de parte de los Rodríguez un índice de peligrosidad, por más que obraran en un estado pasional de justo dolor".

A continuación analiza el otro argumento, así:

"..... El Tribunal aplicó la penalidad en un término superior al mínimo e inferior al máximo, teniendo en cuenta estas dos circunstancias accesorias de agravación: "la gravedad y modalidades del hecho, tal como quedó relatado y fue aceptado por el jurado, en el cual resultaron muertas y no por mero accidente dos personas y el haber sido ejecutado en complicidad previamente concertada.

"En cuanto a la gravedad y modalidades del hecho, bien puede desecharse aquí tal circunstancia, porque precisamente esa gravedad de la infracción, objetiva y subjetiva, fue lo que sirvió en el fondo para calificar los homicidios como asesinatos; y es sabido que cuando ciertos elementos hacen parte de la esencia misma de la infracción para elevarla a una especie determinada, entonces no se pueden capitalizar de nuevo como hechos secundarios del delito, para aumentar la pena, porque se rompe el

principio **non bis in idem.** El asesinato es el homicidio especialmente agravado, en razón de su propia objetividad y de las circunstancias con que lo ejecuta el autor.

"Habrá naturalmente casos en que la excepcional gravedad del delito, aun dentro de su misma especie, deba tenerse en cuenta como índice para elevar la sanción. Tal ocurriría, por ejemplo, con el asesinato cometido mediante todas o casi todas las circunstancias que enumera el artículo 363 del Código; el homicidio por impulso de perversidad brutal; el asesinato con descuartizamiento, etc.

"..... En el presente caso, la gravedad de los homicidios no excedió los límites comunes del asesinato; por el contrario, ellos quedaron en situación ventajosísima de lenidad del acuerdo con el veredicto del jurado.

"Además, debe anotarse que la muerte de los hermanos Vásquez no la causaron los acusados "con una misma acción", sino con dos acciones diferentes, y por esa razón los delitos cometidos fueron dos y dos también las penas aplicadas a los responsables. No cabe, por consiguiente, la circunstancia del numeral 13 del artículo 37, que parece tuvo en cuenta el tribunal.

"En tal virtud, hay que rechazar como agravantes la gravedad y modalidades de los homicidios, y el perjudicar u ofender con una misma acción, y no por mero accidente, a más de una persona.

"..... Como lo anota el demandante, en el auto de proceder no se tuvo en cuenta la figura de la complicidad, pues cada homicidio se imputó al respectivo ejecutor del mismo, sin vincular al otro homicida como participante o cooperador.

"Pero en esto cabalmente hubo un error de los jueces, porque en verdad la complicidad sí existió, desde luego que los Rodríguez unieron sus voluntades para la consumación del homicidio en la persona de José Antonio Vásquez y ambos desarrollaron acciones físicas, de naturaleza idónea, que dieron por resultado la muerte de él y la de su hermano Luis Alfredo. Tarsicio y Eliseo Rodríguez concurrieron a la consumación de los hechos punibles con voluntad y acción tan intensas que agotaron los elementos constitutivos de las infracciones investigadas.

"El fenómeno de la complicidad o del concurso de varios delincuentes supone que dos o más personas quieran un delito determinado y hacen algo para consumarlo. La coparticipación criminal es una reunión de intenciones dolosas y de actividades individuales enderezadas a un resultado común: el delito cometido. Y a esto no se opone la interferencia de la **aberratio delicti,** desde luego que tal modalidad únicamente implica un error en los momentos consumativos del delito, sin destruír, por lo tanto, los elementos esenciales del mismo. La **aberratio delicti** no repercute en la acción física ni en la acción psíquica del homicidio, porque el objeto de esta infracción es el hombre y no este hombre en vez de aquel otro.

Ahora bien: como se dijo atrás, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad son de libre apreciación del juez al dictar la sentencia; y sobre ellas no hay necesidad de hacer declaraciones expresas en el auto de proceder, ni de interrogar al jurado en los juicios en que éste actúa. En tal virtud, no tomándose aquí la complicidad como factor principal de responsabilidad de los acusados, para vincularlos como autores o partícipes de los dos homicidios, sino como elemento accesorio para adaptar la sanción que merecen, el Tribunal tenía perfecta libertad de computarla en la sentencia, sin caer en arbitrariedad, ni salirse de los cargos formulados en el auto de proceder, como cree el recurrente.

"..... Aun dando por existentes tales modalidades, la pena no puede imponerse en el mínimo, en virtud de que obra una circunstancia de mayor peligrosidad, la complicidad preordenada, de que ya se habló. Basta la presencia de ella, para que el juzgador goce de libertad en la fijación de la sanción, que no puede ser la mínima, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 39. Si el Tribunal hubiese concluído que todas las circunstancias concurrentes eran aquí de mayor" (sic) "peligrosidad, entonces sí tendría efecto práctico el discutir el punto planteado por el demandante; pero esa no es la situación que se confronta".

"Sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado"

¿Es realmente ajustado a la verdad este cargo? ¿Por qué la sentencia no se ajusta a las respuestas del Tribunal popular? Esos son los dos puntos que habrá que resolver. Porque — valga decirlo de una vez — el demandante impugna el fallo fundándose en la teoría de la imposibilidad de la coexistencia del "asesinato atenuado"; pero no expresa por qué el fallador se apartó de los términos de la contestación de los jueces de conciencia.

Mas éste no es el pensamiento del recurrente. Claramente dejó comprender él en la sesión pública que el Tribunal Superior de Bucaramanga debió traducir ese veredicto, desentrañando — por encima de las declaraciones del jurado — el sentido jurídico y científico de la respuesta, entendiendo que la afirmación de la alevosía y la asechanza, enfrentada a

O

a otra, o sea, el haber obrado los infractores movidos por un dolor intenso causado por grave e injusta provocación, tenía que desaparecer del veredicto en el momento preciso de acomodarlo lógicamente a la ley.

La Sala, en vez de la alegada desarmonía halla un perfecto acuerdo, una concatenación y vinculación indiscutibles entre las dos piezas referidas. Y más estaría dispuesta — por la índole de los razonamientos — a suponer que lo que el doctor Luna Gómez tuvo en mientes fue acogerse a la causal 7ª de casación, que trata de sentencia proferida sobre un veredicto contradictorio.

Ciertamente choca contra el natural sentido de las palabras, y produce un momentáneo desconcierto, el que pueda hablarse a un mismo tiempo de "asesinato atenuado", siendo aquella figura de por sí un homicidio agravado.

Pero ya el competente colaborador de la Sala explicó — y lo hizo con innegable acierto — en qué consiste y de dónde arranca esa antinomia.

La mente, en un primer impulso, rechaza la proposición de "asesinato leve", cuya primera representación es la de ser contradictoria. Porque el homicidio agravado, que está denominado con una palabra (asesinato) demasiado ondulante, que no corresponde a su linaje etimológico ni a su tradición histórica, no se concibe, estrictamente, sino cuando lo rigen factores — objetivos y subjetivos— que armonicen con su condición de grave. Mas si en el hecho concurren simultáneamente otros, completamente antípodas, y se reconocen a la par que aquéllos que le dieron al delito fisonomía alarmante, entonces hace su aparición la perplejidad que manifiesta el doctor Luna Gómez y que en muchos otros habrá hecho presa.

El Código Penal colombiano vigente, que entre sus virtudes cuenta la de haber huído del casuísmo, esforzándose más bien por exhibirse como un estatuto resumido y breve, propio para ser aplicado por expertos, se apartó del anterior en aquella enumeración abundante de disposiciones (910), como el de Cuba, que aún cuando está considerado como el más atrevido y más francamente positivista, tiene 594 artículos, al paso que el argentino no excede de 306 y el colombiano actual llega a 435.

Hé ahí una razón, que pudiera llamarse complementaria de las que ha dado el señor Procurador Delegado en lo Penal, para explicar la interpretación que los Tribunales del país y la Corte han hecho del artículo 28 en relación con el 363, o, mejor, para admitir que el primero no siempre se opone al segundo, siendo así que aquél, al atenuar la pena por la ira o el dolor del procesado, se refiere a toda infracción penal, pues dice "cuando se cometa el hecho", o sea, que no señala sanción, ni la califica, sino que la subordina. Lo que está indicando que esa disposición se refiere a toda clase de homicidios, lo mismo que a toda clase de lesiones personales, con tal, claro está, de que no se trate de hechos culposos.

El motivo determinante, que da la tónica moral y jurídica de todo acto humano, puesto que es la revelación del sentimiento a ideas del actor, es cosa distinta de las modalidades de la ejecución criminosa, y así se presentan diferentes modos de obrar.

Un delincuente, movido por una pasión noble o altruísta, pero tiranizado por la ira o por el dolor — estados del alma que no tienen la misma manifestación ni son equivalentes — le da muerte a su enemigo buscando para ello la ocasión más propicia, el sitio más adecuado con respecto a su propia seguridad, en un verdadero despliegue de precauciones para no errar el golpe, cuidándose de que la víctima — sorprendida — no logre siquiera ensayar la más pequeña actividad defensiva. Otro, en parecido trance espiritual, dominado también por la perturbación que le causó una ofensa grave y bajo la influencia de semejantes pasiones o sentimientos, busca a su adversario y lo hiere de frente, o le anuncia la acometida para que se prevenga, o la ejecuta en el acto de recibir el agravio. Dos modos de obrar que resaltan y se distinguen, no hay duda. Hasta tal punto es grande la diferencia, que pudiera considerarse como aberrante el sancionar por parejo a dos delincuentes cuyas acciones difieren en una medida que muestra a primera vista dos personalidades opuestas, cuyo único punto de contacto está en la débil resistencia de ambos para llegar al delito, pero por diversos caminos.

Todo ello pertenece a ese mundo misterioso e ignoto del alma humana que produce fenómenos tan variados, que casi nunca es posible descifrarlos inequivocamente. Pasiones, emociones, sentimientos, tendencias son expresiones que han sido definidas una y otra vez. No obstante, la génesis de ellas permanece más o menos ignorada. Toda pasión — anota Jorge Delshauvers, ex-director del "Laboratorio de Psicología" de Barcelona y Profesor de la Universidad de París — es la especialización de una tendencia que adquiere forma concreta alrededor de una idea y se vuelve entonces consciente; posee una duración siempre larga y una intensidad que se mide por su poder de firmeza y de dominación. Porque no siempre la pasión es arrebatadora: a menudo calcula, combina y se revela, sobre todo, por sus factores intelectuales. Y en el fondo de todo

dolor que se prolonga y se materializa hasta adquirir contornos propios, asoma siempre la cara de la venganza, que es pasión razonadora, según los clásicos, o antisocial, según los positivistas, para quienes la ley penal constituye la expresión social y jurídica de la justicia penal, como norma de conducta para todo individuo.

La apariencia del raciocinio del demandante, la apariencia no sólo formal sino sustancial, es de un efecto indiscutible, sobre todo cuando la dialéctica va seguida de ejemplos tan patéticos, como aquel del homicidio piadoso. Quien mata por abreviar una existencia consumida por un mal incurable y cruel, no es un "asesino". Y tanto se aleja su acción de semejante categoría delictuosa, que la ley autoriza sancionar al autor benignamente y aun faculta al juez para prescindir de imponerle pena alguna al responsable, dice el demandante. Y ello es verdad. Nadie se atreve a calificar de **asesino** a un individuo que procede en tales condiciones. Sin embargo, su obra fue calculada y fría; seguramente nadie más indefensa que su víctima. Con todo eso, que es un caso excepcional, no se sustrae— en su formalidad externa — a la regla del artículo 363. Lo que ocurre es que por el móvil de agente se aconseja una sanción, que traduzca un claro espíritu de justicia. No es el estado anímico del agente ni su exaltación o su pasión lo que juega un papel preponderante en la determinación de la pena. Es el móvil, que no es de destrucción sino altamente humanitario, lo que lleva al juzgador, con la venia de la ley, a decretar una situación de privilegio dentro de su rigor para el caso extraordinario de ese infractor que no ofrece peligro alguno y que ha descubierto una personalidad social y ser dueño de sentimientos compasivos y misericordiosos.

¿A qué conduciría, en fin, el cumplimiento del anhelo del recurrente? Sencillamente a que por causa de una supuesta inconciliabilidad del veredicto y la sentencia, por la razón especial de la sanción que en ésta se fija, la Corte asumiera una actitud, esa sí incompatible con su función de árbitro de un recurso extraordinario, en el que es extraño el procedimiento oficioso, propio de las instancias de los juicios penales.

Si el juzgador no rechazó el veredicto, ni aquí se criticó su tenor contradictorio, que es a lo que llevaría la tesis expuesta por el denunciante y lo que habría que hacer como resultado del debate — sin petición expresa, — la Sala no puede desconocer una de las respuestas, so pretexto de que ella no armoniza con otra parte del texto de las mismas. Y cuál sería esa contestación repudiable? Y por qué ésta en vez de aquélla?

Al jurado se le planteó una precisa situación, mu concisa en el auto de proceder, y él afirmó su exi tencia, como hubiera podido negarla. Si algo agr gó a su modo de determinarse, a ese algo se le d un alcance modificador, y esa modificación est imperando en el fallo.

Resumiendo la tesis concreta referente a la cau sal 3ª, se tiene: el jurado definió con claridad la po sición de Tarsicio y Eliseo Rodríguez, declarándolo responsables de haberle dado muerte el uno a Jo sé Antonio Vásquez y el otro a Luis Alfredo Vásquez en estado de dolor causado por grave e injusta pro vocación (que no debe olvidarse que fue de carácte indirecta), pero al mismo tiempo en condiciones qu agravan los delitos, como la alevosía y la asechan za; y si a ese veredicto se ciñó el fallo de primera y de segunda instancia, la causal citada carece aqu de todo fundamento..

Mayor peligrosidad

Entre las circunstancias de mayor peligrosidad hay una innegable, y ella basta para que no sea po sible imponer el mínimo de la sanción indicada en la respectiva disposición penal. Tal circunstancia se refiere al concierto de los dos delincuentes para vengar la muerte de Gilberto Rodríguez en la persona de José Antonio Vásquez.

En el auto de proceder ,el Juez y el Tribunal se ocupan en este aspecto del proceso con mucha amplitud, y de ahí se colige que Tarsicio y Eliseo Rodríguez convinieron en suprimir la vida del mencionado Vásquez para lo cual se prepararon eficazmente, cuidándose de no fallar el tiro, pues iban provistos de dos armas distintas y eficaces, y también de ser imposibilitados — por la presumible reacción de la víctima — de conseguir cabalmente su propósito. Hubo, pues, una suma de voluntades dirigidas a un solo objetivo. Y si ambos acabaron ejecutando el plan que excedió del límite que le habían marcado, no por ello puede alegarse que falto la codelincuencia, o que por haber sido cada uno realizador material por separado en víctimas diferentes, no existió el fenómeno de la complicidad, cuyas características intelectuales están bien definidas, pues el tomar parte en la ejecución de un hecho es una forma de participación, que precisamente se llama complicidad. Y que ésta pueda ser necesario o nó, principal o accesoria, es otra cosa.

De manera que si parte de lo que contribuye a darle a la actuación del agente del delito señal de peligrosa, es el asociarse a otra persona para que le ayude a consumar el proyecto o intento criminal, o acudir a quien se encuentre en parecido estado

e ánimo para ejecutar el hecho, no hay razón pa· a decir que en este caso esa peculiaridad no estu· o presente, o que fue mal estimada o apreciada a circunstancia que la describe y patentiza (nume· al 9º, artículo 37 del Código Penal).

Por lo demás, la conducta anterior de los proce· ados, hombres de trabajo y acción, honestos y de ida arreglada a las conveniencias sociales, sí fue notada en la sentencia, en la que se hizo mención le ese dato, concediéndole su exacto valor legal de circunstancia de menor peligrosidad.

Sin embargo, la posición de los procesados ante a ley penal debe sufrir una variación. En efecto, el Juez dedujo como circunstancias de mayor peli· grosidad estas dos: "preparación ponderada del de· lito y haber obrado en complicidad de otro previa· mente concertada". Y de acuerdo con ello, y reco· nociendo como circunstancias de menor peligrosidad la buena conducta anterior de los Rodríguez y el haber procedido "en estado de emoción determinado por intenso dolor", impuso seis años y medio de pre· sidio.

El Tribunal hizo el siguiente cómputo: Circuns· tancias de mayor peligrosidad: "gravedad y moda· lidades del hecho, en el cual resultaron muertas y no mero accidente dos personas y el haber sido ejecu· tado el delito en complicidad previamente concer· tada". Y en cuanto a las circunstancias de menor peligrosidad solamente dejó en pie la relacionada con los limpios antecedentes de los reos, pues recha· zó — atinadamente — la otra, por cuanto ella ha· bía figurado como modificadora de la actividad cri· minal. Y de acuerdo con este criterio aumentó en año y medio la sanción impuesta en primera ins· tancia.

Pero como, según el concepto fiscal, que la Sala acepta, es sólo una la circunstancia de mayor pe· ligrosidad jurídicamente computable (la complici· dad), lo que demanda la lógica, lo que pide la equi· dad es disminuír la pena, invalidando parcialmente el fallo. De otra manera carecería de objeto la de· mostración, sería ella írrita y equivaldría a no con· cederle valor alguno a signos que exteriorizan la ac· tuación del agente del delito y dan una idea de los rasgos de su personalidad. Y es evidente que es· tos signos o datos no tienen la misma significación cuando resultan multiplicados que cuando aparecen en otra forma, es decir, que la pluralidad o singu· laridad no es cuestión superflua, ni puede ser mi· rada con indiferencia por los administradores de justicia.

Así, pues, la sanción privativa de la libertad que esta Sala, con base en las anteriores consieraciones, cree que debe imponerse a los procesados, es la de seis años de presidio, y en esa cantidad de tiempo ha de fijarse.

Prospera, por lo dicho, la causal 1ª invocada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema — Sa· la de Casación Penal, — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley de acuerdo en parte con el concepto del señor Pro· curador Delegado en lo Penal, INVALIDA parcial· mente el fallo de catorce de diciembre de mil no· vecientos cuarenta y cuatro, del Tribunal Superior de Bucaramanga, en la cual se impuso ocho años de presidio a cada uno de los reos Tarsicio y Eliseo Rodríguez, como responsables de los delitos de que anteriormente se habló, invalidación que consiste en fijar esa sanción en seis (6) años. En lo demás queda en firme el fallo, con la advertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funcio· nes públicas es por el término de seis (6) años.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Ju· dicial y devuélvase.

Francisco Bruno. — Campo Elías Aguirre, Conjuez. Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION POR EL AUTO DE PROCEDER

Se ha pensado que el auto de proceder no interrumpe la prescripción, pues aunque es cierto que el artículo 107 del Código Penal dice que ese auto la interrumpe, la segunda parte del artículo parece contradecir la primera al proseguir así: "En este caso (el de la interrupción) el término no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105". Esto parece contradecir la primera parte del artículo, se repite, porque si hay interrupción por el auto de proceder, el término se extiende hasta más allá del señalado en el artículo 105 y para que no se extienda es necesario que no se interrumpa. La anomalía de que se viene hablando se debe a que el artículo no quedó como estaba en el proyecto, el cual decía: "... pero en este caso el término de la prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105, aumentado en la mitad". (Actas de la Comisión redactora del nuevo Código Penal, tomo I, página 270). Pudiera añadirse que esta interpretación sería también más benigna para los procesados y que, por lo tanto, debería aceptarse en guarda del principio de interpretar las disposiciones legales en el sentido más favorable para ellos. Sin embargo, el texto de la ley tal como reza no ofrece lugar a duda alguna y no se puede desatender su tenor literal, que ofrece un sentido gramatical exacto y lógico, so pretexto de consultar su espíiritu, ni menos con el argumento de que el legislador incurrió en un olvido o equivocación (artículo 27 del C. C.). El inciso quiere decir que interrumpida la prescripción por el auto de proceder, hay que volver a contar un tiempo igual al señalado en el artículo 105 del Código, es decir, que el tiempo anterior se pierde, como sucede en la prescripción civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada).

VISTOS:

Por consulta debe revisar esta Sala de la Corte la providencia de 21 de junio del año pasado, por la cual el Tribunal Superior de Medellín DECLARA PRESCRITA la acción penal que se adelantaba contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, por el delito de abuso de autoridad (intervención en política) cometido en el mes de enero de 1939.

La Procuraduría opina que la prescripicón no se ha consumado, porque el auto de proceder dictado contra el aludido funcionario quedó en firme desde el mes de diciembre de 1943, y, según precepto del artículo 107 del Código Penal, la prescripción se interrumpe por el enjuiciamiento y hay que comenzar de nuevo a contar el tiempo.

Se considera:

Al doctor Valencia Restrepo se le imputan como hechos delictuosos:

"a) haber concurrido, como delegado de Jericó, a una reunión o "concentración" política efectuada en la población de El Jardín el día siete de enero de mil novecientos treinta y nueve;

b) haber pronunciado una arenga política la tarde de ese día ante la multitud reunida en la plaza de aquella población; y

"c) haber pronunciado el día siguiente — ocho de enero — un discurso de carácter político en el teatro de la misma población".

Según esto, por el solo transcurso del tiempo estaría consumada la prescripción de la acción penal, puesto que desde enero de 1939 hasta hoy van corridos con exceso cinco años, que es el lapso indispensable para que la dicha prescripción se consume cuando el ilícito tiene señalada pena privativa de la libertad que no exceda de ese término de cinco años (artículo 105 del C. P.) como sucede con el que cometen los funcionarios que intervienen en política (artículo 180, ibídem).

Pero como el Tribunal Superior de Medellín dictó auto de proceder contra el doctor Valencia Restrepo, en providencia de 22 de octubre de 1940 (f. 46 del cuaderno principal), parece estar en lo cierto la Procuraduría al afirmar que la acción no está prescrita, puesto que el artículo 107 del Código Penal, dice:

"La prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder.

"Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo desde el día de la interrupción; pero en este caso el término de la prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105"

Lo que sucede en el presente caso es que el procedimiento se adelantó con tales irregularidades, que no es fácil saber si el auto de proceder llegó a su ejecutoria o nó; pero haciendo un estudio cuidadoso del proceso, se llega a la conclusión del ministerio público antes apuntada. En efecto:

a) El auto de proceder lleva fecha de 22 de octubre de 1940 (f. 46); mas no se le nombró defensor al procesado y así se remitió a la Corte, porque se interpuso el recurso de apelación;

b). La Corte, después de hacer subsanar una irregularidad en la concesión del recurso, confirmó el llamamiento a juicio en providencia de 26 de octubre de 1942 (f. 69);

c). El 25 de marzo de 1943 se le notificó al doctor Valencia Restrepo el auto confirmatorio del enjuiciamiento y entonces nombró como su defensor al doctor Samuel Barrientos Restrepo (f. 77);

d) El doctor Valencia Restrepo le pidió al Tribunal que declarara la actuación nula, por no habérsele notificado el auto de proceder a su defensor, nulidad que no tuvo por establecida aquella entidad (f. 80);

e). El doctor Valencia Restrepo nombró como su defensor al doctor Luis Javier Velásquez, en memorial de 14 de junio de 1943 (f. 83), designación que aceptó el Tribunal el 9 de julio siguiente (f. 84);

f). **En auto de 20 de noviembre del mismo año de 1943, el Tribunal, después de posesionado el doctor Javier Velásquez del cargo de defensor, ordenó notificarle la providencia confirmatoria del enjuiciamiento y los autos de ese Tribunal que le siguen. Así se hizo el 26 de noviembre del citado año de 1943 (f. 86);**

g). El defensor doctor Velásquez pidió que se declarara nulo todo lo actuado, por no habérsele notificado personalmente **el auto de proceder del Tribunal,** solicitud que hizo en memorial de 30 de noviembre (f. 89).

h). En esas entró a actuar como Magistrado del Tribunal Superior el doctor Samuel Barrientos Restrepo y se declaró impedido, por haber sido defensor del doctor Valencia Restrepo, pero la Corte declaró que tal impedimento no existía, porque no había alcanzado a actuar en forma alguna en el proceso.

Así las cosas, el auto de proceder quedó ejecutoriado, porque — como ya se dijo — dicha providencia le fue notificada al defensor el 26 de noviembre de 1943 (f. 86) y dentro del término legal no se interpuso recurso alguno contra ella, pues lo que pidió el 30 del mismo mes fue que se declarara nulo lo actuado por no habérsele hecho oportunamente la notificación del llamamiento a juicio; de suerte que transcurridos tres días desde la fecha de esa notificación, quedó en firme el aludido auto de proceder.

Es cierto que en el expediente figura un memorial que tiene fecha de 30 de noviembre de 1943, en el cual pide el doctor Javier Velásquez a la Corte Suprema de Justicia que reponga el auto por el cual se confirmó el llamamiento a juicio del sindicado; pero ese memorial, que parece presentado el 21 de febrero de 1944 ante el Tribunal de Medellín, no fue remitido a la Corte, no se sabe por qué. De todos modos, no se pidió reposición del auto de proceder en su debida oportunidad y, por ello, es forzoso concluír que dicha providencia quedó ejecutoriada transcurridos tres días hábiles de la notificación al defensor.

Se ha pensado — y es bueno que la Corte decida el punto — que el auto de proceder no interrumpe la prescripción, pues aunque es cierto que el artículo 107 del Código Penal dice que ese auto la interrumpe, la segunda parte del artículo parece contradecir la primera al proseguir así: "en este caso (el de la interrupción) el término no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105". Esto parece contradecir la primera parte del artículo, se repite, porque si hay interrupción por el auto de proceder, el término se extiende hasta más allá del señalado en el artículo 105 y para que no se extienda es necesario que no se interrumpa.

La anomalía de que se viene hablando se debe a que el artículo no quedó como estaba en el proyecto, el cual decía: "..... pero en este caso el término de la prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105, **aumentado en la mitad".** (Actas de la Comisión redactora del nuevo Código Penal, tomo I, página 270).

Pudiera añadirse que esta interpretación sería también más benigna para los procesados y que, por lo tanto, debería aceptarse en guarda del principio de interpretar las disposiciones legales en el sentido más favorable para ellos.

Sin embargo, el texto de la ley tal como reza no ofrece lugar a duda alguna y no se puede desatender su tenor literal, que ofrece un sentido gramatical exacto y lógico, so pretexto de consultar su espíritu, ni menos con el argumento de que el legislador incurrió en un olvido o equivocación (artículo 27 del C. C.) El inciso quiere desir que interrumpida la prescripción por el auto de proceder hay que volver a contar un tiempo igual al señalado en el ar-

tículo 105 del Código, es decir, que el tiempo anterior se pierde, como sucede en la prescripción civil.

Como desde la época de los hechos en averiguación (1939) hasta cuando quedó ejecutoriado el auto de proceder (1943) no habían transcurrido cinco años y mucho menos tiempo va desde el auto de proceder hasta hoy, síguese que la acción penal no ha prescrito en el presente negocio (artículos 105 y 107 del C. P.)

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la providencia de veintiuno de junio del año pasado, por la cual declara el Tribunal Superior de Medellín prescrita la acción penal que se le seguía al doctor Antonio Valencia Restrepo por el delito de abuso de autoridad (intervención en política). En consecuencia, el proseso debe seguir su curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal C., Oficial Mayor.

FALSEDAD

La falsedad en escritos o documentos (artículos 231 y ss. del C. P.), que entraña siempre una mutación de la verdad, puede ser material o intelectual. La primera consiste en la alteración o suposición de un escrito adicionando, o sustituyendo, o suprimiendo su contenido, como ocurre en los casos de los numerales 1º y 5º a 9º del artículo 231 del Código Penal; la segunda en insertar palabras o cláusulas inexactas, esto es, que no estén de acuerdo con la realidad, como en los casos de los numerales 2º a 4º del mismo artículo. Mas, para que la falsedad en escritos constituya delito, es menester que se refiera a hechos que el escrito debe probar, que sea capaz de causar perjuicios y que se haga con intención criminosa. En muchos casos basta la comprobación de la falsedad para que la intención de causar daño se presuma, como acontece en la falsedad material **en los documentos públicos o en los asimilados a tales para efectos de la sanción (artículo 233), por ejemplo, si se acredita la sustitución de la cláusula de un testamento o la suplantación de una firma en una letra de cambio, cheque o pagaré. Es que en tonces hay que respetar por sobre todo la fe pública debida al documento y la prueba de la falsedad se hace patente con el hecho material que la constituye.**

No ocurre lo mismo en los casos de falsedad intelectual, **en los cuales es menester demostrar — aun en tratándose de documentos públicos. — la intención dolosa de su autor, como cuando un notario asienta una cláusula errada en una escritura o un funcionario hace una afirmación inexacta en un documento auténtico, pues en esos eventos, aunque la fe pública debida a esos escritos debe hacerse respetar lo mismo, la prueba de la falsedad no es tan evidente, desde luego que no consta como en los de la falsedad material. Y por lo fácil que es incurrir en error por diversas circunstancias.**

Y como la mala fe no se presume, hay que acreditar que ha existido intención dañosa al estampar en un escrito palabras o frases que no sean las que han debido constar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada).

VISTOS:

Debe calificar esta Sala de la Corte el mérito de las diligencias adelantadas en averiguación de la responsabilidad en que por el delito de falsedad hubiera podido incurrir el gobernador del departamento del Atlántico, Rafael Blanco de la Rosa, delito de que lo acusó el personero municipal de Barranquilla, Jorge Salazar, el 11 de diciembre del año antepasado (1943).

Del proceso resulta lo siguiente:

1º Alejandro Jimeno V. presentó denuncia criminal contra los médicos doctores Germán Berdugo y Francisco Sudea, el 8 de febrero de 1943, por haber intervenido en debates políticos siendo empleados públicos (folios 3 vuelto y 4).

2º Por oficio número 1151, de 12 de febrero del mismo año, dirigido a la gobernación del departamento del Atlántico (f. 4 vuelto), el juez del conocimiento ordenó traer al proceso copias de los decretos de nombramiento y actas de posesión de los mentados médicos.

3º El gobernador contestó la solicitud diciendo en oficio número 52, de la misma fecha de 12 de febrero:

"..... En respuesta a su atenta nota número 1551 de hoy, me permito informarle que el despacho a mi cargo se encuentra imposibilitado para suministrarle copia de los nombramientos de los doctores Francisco P. Sudea y Germán Berdugo Sourdis como médicos del municipio de Sabanalarga, debido a que dichos nombramientos corresponden a la Honorable Asamblea departamental. — De usted atentamente (fdo.), **Rafael Blanco de la Rosa,** Gobernador del Departamento del Atlántico" (f. 5).

4º A los pocos días, el juzgado le dijo al gobernadordor en respuesta a su anterior comunicación:

"..... Teniendo en cuenta este Despacho que uno de los médicos a que se refieren estas sumarias fue nombrado por Decreto número 301 de 2 de octubre del año de 1942, solicítese al nombrado funcionario la copia del referido Decreto...."

5º La gobernación remitió, en efecto, copia de los decretos de nombramiento de los doctores Berdugo Sourdis y Francisco Sudea H. como médico escolar y médico de pobres de Sabanalarga, respectivamente (fls. 5 v., 29 y 30).

En resumen, lo que dio origen al denuncio del personero municipal de Barranquilla fue el hecho de haber negado el gobernador que reposaran en su oficina las copias de nombramiento de los médicos de Sabanalarga, siendo así que el citado funcionario había hecho los nombramientos y las actas reposaban en su despacho.

Debe averiguarse, pues, si la negativa que contiene el oficio número 52, de 12 de febrero de 1943, envuelve delito de falsedad. A ello procede la Sala, no sin advertir que está acreditado el carácter oficial del gobernador con las copias del decreto de nombramiento, acta de posesión y certificado del ejercicio del cargo en la época de los hechos (fls. 11, 12 y 68).

Se considera:

La falsedad en escritos o documentos (artículos 231 y siguientes del c. p.), que entraña siempre una mutación de la verdad, puede ser material o intelectual. La primera consiste en la alteración o suposición de un escrito adicionando, o sustituyendo, o suprimiendo su contenido, como ocurre en los casos de los numerales 1º y 5º a 9º del artículo 231 del código penal; la segunda consiste en insertar palabras o cláusulas inexactas, esto es, que no estén de acuerdo con la realidad, como en los casos de los numerales 2º a 4º del mismo artículo.

Mas, para que la falsedad en escritos constituya delito, es menester que se refiera a hechos que el escrito debe probar, que sea capaz de causar perjuicios y que se haga con intención criminosa.

En muchos casos basta la comprobación de la falsedad para que la intención de causar daño se presuma, como acontece en la **falsedad material** en los documentos públicos o en los asimilados a tales para efectos de la sanción (artículo 233), por ejemplo, si se acredita la sustitución de la cláusula de un testamento o la suplantación de una firma en una letra de cambio, cheque o pagaré. Es que entonces hay que respetar por sobre todo la fe pública debida al documento y la prueba de la falsedad se hace patente con el hecho material que la constituye.

No ocurre lo mismo en los casos de **falsedad intelectual**, en los cuales es menester demostrar — aun en tratándose de documentos públicos — la intención dolosa de su autor, como cuando un notario asienta una cláusula errada en una escritura o un funcionario hace una afirmación inexacta en un documento auténtico. Pues en esos eventos, aunque la fe pública debida a esos escritos debe hacerse respetar lo mismo, la prueba de la falsedad no es tan evidente, desde luego que no consta como en los de falsedad material y por lo fácil que es incurrir en error por diversas circunstancias. Y como la mala fe no se presume, hay que acreditar que ha existido intención dañosa al estampar en un escrito palabras o frases que no sean las que han debido constar.

Esta doctrina no es de ahora, como puede verse en fallos de esta sala. Así, en sentencia de 28 de agosto de 1926, se dijo:

"No puede imputarse delito de falsedad en documentos públicos o auténticos a los funcionarios que en sus actos auténticos afirman cosas que no son exactas, cuando en ello han procedido por ligereza o inadvertencia. Para que exista el delito de falsedad respecto de documentos públicos o auténticos, es necesario que haya cambio o adulteración fraudulenta de su contenido, a fin de desfigurar la verdad de éstos" (tomo 33, página 176).

Y en la de 30 de agosto del mismo año, se lee:

"La falsedad en documentos públicos.... siempre supone el perjuicio de tercero y el provecho cierto o probable, del agente. No se comete este delito cuando se incurre en un error en la exposición de un hecho, porque no se altera la verdad a sabiendas ni con el propósito dañado" (tomo 33, página 191).

En el proceso en estudio aparece una clara falsedad intelectual en un documento auténtico, supuesto que el gobernador afirmó que no existían en su despacho las copias que le pedía el juez segundo del circuito penal de Barranquilla; pero ni su nota u oficio errado se refería a hechos que debía probar, ni fue ni era capaz de causar perjuicios, ni sobre todo, existió la intención dolosa por parte del gobernador sindicado.

En primer lugar, como lo observa el ministerio público, el oficio número 52 dirigido por el gobernador del Atlántico al juez instructor no estaba destinado a probar el nombramiento de los médicos, ni su calidad.

En segundo lugar, el oficio no causó ni podía causar perjuicios, ni siquiera entorpeciendo la investigación, como los mismos autos lo demuestran, pues no obstante que la gobernación manifestaba no poder suministrar los datos que se le pedían, fueron allegados al expediente en su debida oportunidad.

Y en tercer lugar, no existió de parte del gobernador la intención criminosa de cometer un delito

de falsedad, como lo demuestran estas circunstancias:

a). La nota no fue redactada por el gobernador, sino por su secretario privado, como aquel lo asegura en su indagatoria y éste lo confirma en la declaración que rindió (fls. 48 y 60);

b). Se explica la equivocación del gobernador al expedir la constancia negativa que sirve de base a la investigación, puesto que el médico de pobres lo nombraba en realidad la asamblea departamental, como consta en el expediente (fls. 70 y 93 vuelto);

c). La nota de solicitud de las copias es vaga e imprecisa, como que apenas dice que remita las de los decretos de nombramientos de médicos del municipio de Sabanalarga; pues como el ministerio público lo observa, existían allí varios cargos de médicos, de los cuales el de pobres correspondía hacerlo a la gobernación en interinidad, pero por haber anulado el tribunal de lo contencioso la ordenanza respectiva;

d). En fin, el gobernador no fue renuente al suministro de las copias que se le pedían, pues, como ya se dijo, apenas se le dio el dato preciso, las envió al funcionario instructor.

Es forzoso concluir, por tanto, que el gobernador incurrió en una equivocación al rendir el informe que sirve de base a las presentes diligencias, pero que no es constitutiva del delito de falsedad. Consecuencialmente y de acuerdo con la procuraduría, se dará cumplimiento al numeral 1º del artículo 437 del código de procedimiento penal.

Por lo expuesto, la corte suprema — sala penal — de acuerdo con el concepto del ministerio público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del señor Rafael Blanco de la Rosa, por el delito de falsedad de que tratan estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal C., Oficial Mayor.

ABUSO DE AUTORIDAD — INTERPRETACION DEL ARTICULO 171 DEL CODIGO PENAL

Ya la Corte rectificó la doctrina que decía, refiriéndose al artículo 171 del Código Penal, que lo arbitrario por sí solo era abuso de autoridad, al paso que lo injusto requería daño contra las personas o las cosas. Para su rectificación se basó en la interpretación gramatical que ha de dársele al precepto y en los antecedentes del mismo. La Corte ratifica esta última jurisprudencia, expuesta en su fallo de 18 de mayo de 1945, y al efecto considera:

Los preceptos del lenguaje sirven para interpretar las disposiciones legales, como que las palabras de la ley han de entenderse "en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (artículo 28, C. C.), lo que ha de extenderse a la concordancia, construcción y régimen. De acuerdo con esos preceptos la conjunción O es a veces disyuntiva y como tal sirve para separar los términos de la oración. Pero más frecuentemente es alternativa y sirve para ligar términos hipotéticos, a cada uno de los cuales corresponde el atributo de la proposición. Cuándo sea copulativa y cuándo disyuntiva, lo dice tan sólo el contexto del discurso. Pero en todo caso, si es disyuntiva, siempre un signo ortográfico, generalmente una coma, separa un término del otro u otros de la disyunción.

Leyendo el artículo citado resulta evidente que cuando el legislador dice que el funcionario o empleado público que cometa o haga cometer "acto arbitrario o injusto contra alguna persona o contra una propiedad" será sansionado como allí se dice, sin interponer una coma después de la palabra arbitrario, se propone indicar dos hipótesis que se complementan cada una con los términos "contra una persona o contra una propiedad". Más claro y como lo dijo ya la Corte, la frase "contra una persona o contra una propiedad" es especificativa y se refiere tanto a lo arbitrario como a lo injusto, puesto que no existe signo ortográfico alguno después de la palabra arbitrario. **De suerte que para que un acto arbitrario de un funcionario constituya abuso de autoridad, se necesita que redunde en daño de una persona o de una propiedad. Esta interpretación concuerda con los antecedentes del precepto comentado: se anotó en el seno de la comisión redactora del código que en el artículo 171 sólo se contemplaba el caso de que se causara un perjuicio y que era necesario que el precepto cobijara "también el caso de que no haya perjuicio sino únicamente un beneficio indebido". Pero no se puso el debido cuidado a esta observación y se omitió así llenar el vacío que el código de Zanardelli tenía en el particular y que sí había colmado el de Rocco, siendo así que la comisión seguía de cerca la ley italiana para la redacción de nuestro estatuto. Pero no pueden los jueces interpretar en un sentido extensivo la ley penal, haciendo de legisladores, porque con ello se quebrantaría el precepto contenido en el artículo 1º de nuestro código, que consagra el principio de que no hay delito sin ley que señale expresamente el hecho que lo constituye.**

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

(Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada).

VISTOS:

Esta sala de la corte, en providencia de 23 de octubre de 1942, llamó a responder en juicio criminal al doctor Demetrio García Vásquez, por una de las infracciones de que trata el capítulo VI. del libro segundo del código penal. Concretamente, por abuso de autoridad "consistente en el hecho de haber dictado como gobernador del departamento del Valle, la resolución número 53, fechada el 15 de mayo de 1939, por medio de la cual se dispuso que el sumario seguido a Roberto Quintero Tascón, por el delito de lesiones personales causadas a Miguel J. Panezzo, sumario que cursaba en el juzgado del circuito de Tuluá, se radicara en el de Roldanillo".

El representante del sindicado, doctor Jenaro Cruz V., pidió reposición de dicha providencia por considerarla injurídica en su parte doctrinal y porque la falta de algunos documentos había hecho, en su sentir, que la corte llegara a una conclusión erra-

da. Por este segundo motivo resolvió la sala reponer el enjuiciamiento, revocándolo, para que se allegaran al proceso aquellos documentos, como así se hizo.

Debe, pues, la corte estudiar el proceso, para lo cual se tiene en cuenta:

Hechos. — El señor Miguel J. Panezzo, secretario del concejo municipal de Tuluá, recibió algunas lesiones de manos del señor Roberto Quintero Tascón, miembro de la misma entidad, el 21 de enero de 1939, en el propio recinto del cabildo.

El juez del circuito de Tuluá solicitó del gobernador, que lo era el doctor Demetrio García Vásquez, que suspendiera del cargo de concejal al señor Quintero Tascón, a lo cual no accedió inmediatamente el gobernador.

Quintero Tascón, que no había sido capturado por la policía a órdenes del gobierno del departamento, y que había sido elegido entre tanto diputado a la asamblea del Valle, ocupó su puesto, a pesar de la orden de detención supradicha.

En fin, por medio de la resolución número 53, de 15 de mayo de 1939, resolvió el mismo gobernador cambiar de radicación el sumario, pasándolo al juzgado del circuito de Roldanillo, a pesar de que el tribunal de Buga había emitido concepto contrario a ese cambio de radicación, expresado en acuerdo de 5 de mayo del mismo año.

Estos tres hechos, dijo la corte, "no podrían considerarse como diferentes infracciones de la ley, puesto que todos ellos serían inspirados en una sola y misma intención y porque el conjunto de ellos exige que se confronte la conducta del exgobernador con la misma norma penal".

El enjuiciamiento. — A pesar de las explicaciones que ya obraban en el proceso, la corte dictó auto de enjuiciamiento contra el nombrado doctor García Vásquez, pues consideró que había obrado arbitrariamente en los hechos enunciados, conforme con la interpretación que se le daba al artículo 171 del código penal.

Según la doctrina entonces reiterada sobre el artículo 171 citado, no hay necesidad de que se causen perjuicios a las personas o a las cosas para que haya abuso de autoridad, pues basta la simple arbitrariedad para que la infracción exista. La parte esencial de dicha doctrina, reproducida del proveído de 28 de junio de 1940 (Gaceta Judicial número 1975, tomo LI, página 842), dice así:

"Los términos **arbitrario e injusto**, empleados en dicha disposición, no son equivalentes. Representan dos conceptos distintos. El acto arbitrario constituye por sí mismo abuso de autoridad, sin que su naturaleza antijurídica se altere por el fin perseguido, aunque éste sea idealmente justo. Cause o no cause perjuicios a las personas, el **acto arbitrario** es siempre el contrario al derecho escrito. En cambio, el **acto injusto** puede no serlo y la ley lo ha tomado en cuenta sólo en el supuesto de que perjudique intereses privados".

En apoyo de su interpretación citaba la corte los antecedentes contenidos en las actas de la comisión que elaboró el código penal vigente.

El enjuiciamiento de que se viene hablando fue revocado, como ya se dijo. Ha de conceptuarse ahora sobre este sumario, a lo cual procede la corte como se verá en seguida.

La doctrina. — La disposición dentro de la cual encajan los actos del gobernador, según el proveído de que se acaba de hablar, es el artículo 171 del código penal, que dice así:

"El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer **acto arbitrario o injusto contra una persona o contra su propiedad**, incurrirá en la privación del empleo, y en multa de diez a quinientos pesos" (subraya la Corte).

La sala, como puede verse de lo arriba transcrito, separó lo arbitrario de lo injusto para decir que lo arbitrario por sí solo era abuso de autoridad, al paso que lo injusto requería daño contra las personas o las cosas. Pero ya rectificó esa doctrina, basándose en la interpretación gramatical que ha de dársele al precepto y en los antecedentes del mismo. La corte ratifica esta última jurisprudencia, expuesta en fallo de 18 de mayo último, y al efecto considera:

Los preceptos del lenguaje sirven para interpretar las disposiciones legales, como que las palabras de la ley han de entenderse "en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (artículo 28 del código civil), lo que ha de extenderse a la concordancia, construcción y régimen.

De acuerdo con esos preceptos, la conjunción **o** es a veces disyuntiva y como tal sirve para separar los términos de la oración. Pero más frecuentemente es alternativa y sirve para ligar términos hipotéticos, a cada uno de los cuales corresponde el atributo de la proposición. Cuándo sea copulativa y cuándo disyuntiva, lo dice tan sólo el contexto del discurso. Pero en todo caso, si es disyuntiva, siempre un signo ortográfico, generalmente una coma, separa un término del otro u otros de la disyunción.

Leyendo el artículo citado, resulta evidente que cuando el legislador dice que el funcionario o em-

pleado público que cometa o haga cometer **"acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad"** será sancionado como allí se dice, sin interponer una coma después de la palabra arbitraria, se propone indicar dos hipótesis que se complementan cada una con los términos "contra una persona o contra una propiedad". Más claro y como lo dijo ya la corte, la frase "contra una persona o contra una propiedad" es especificativa y se refiere tanto a lo arbitrario como a lo injusto, puesto que no existe signo ortográfico alguno después de la palabra **arbitrario.** De suerte que para que un acto arbitrario de un funcionario constituya abuso de autoridad, se necesita que redunde en daño de una persona o de una propiedad.

Esta interpretación concuerda con los antecedentes del precepto comentado: se anotó en el seno de la comisión redactora del código que en el artículo 171 sólo se contemplaba el caso de que se causara un perjuicio y que era necesario que el precepto cobijara "también el caso de que no haya perjuicio sino únicamente un beneficio indebido". Pero no se puso el debido cuidado a esta observación y se omitió así llenar el vacío que el código de Zanardelli tenía en el particular y que sí había colmado el de Rocco, siendo así que la comisión seguía de cerca la ley italiana para la redacción de nuestro estatuto. Pero no pueden los jueces interpretar en un sentido extensivo la ley penal, haciendo de legisladores, porque con ello se quebrantaría el precepto contenido en el artículo 1º de nuestro código que consagra el principio de que no hay delito sin ley que señale expresamente el hecho que lo constituye.

La procuraduría había sostenido la tesis que la corte ahora ratifica, y en la vista fiscal se leen estos apartes:

"..... el hecho de tener el artículo 171 un alcance genérico y suplementario, no significa que con él se reprima cualquier abuso cometido por funcionario o empleado público no contemplado en otra disposición especial, sino precisamente el abuso informado por el propósito de causar daño, aunque éste en realidad no se verifique.

"El abuso de autoridad de que habla el artículo que se comenta, tiene un elemento material propio y requiere un elemento espiritual o psíquico que inclusive es de doble carácter, o sea, un dolo genérico y un dolo específico. Dolo genérico representado por la conciencia de cometer un hecho, sabiendo que se abusa de las funciones del cargo. Dolo específico consistente en la inclinación subjetiva de causar daño a una persona o a una propiedad, según inadecuada expresión de nuestro Código. Se dice inadecuada expresión porque el simple daño a las propiedades no tiene ningún alcance jurídico sino en cuanto se perjudique a las personas, que son los únicos sujetos de derecho".

Siguiendo esta doctrina, podría llegarse ya a la conclusión de que el doctor Demetrio García Vásquez no cometió delito de abuso de autoridad, porque no hay prueba alguna de que con los hechos que sirvieron de base a la investigación hubiera causado perjuicio a las personas o a las cosas.

Los hechos. — Pero con los hechos demostrados hasta hoy, es forzoso concluír que no hubo en las actuaciones del gobernador acusado abuso de autoridad que permita llamarlo a juicio.

En efecto, siguiendo el orden cronológico éstas son las actuaciones del funcionario, supuesta la prueba del ejercicio del cargo de gobernador que existe en el proceso (fls. 20, 22 y 23):

1) El 11 de marzo de 1939 el juez de Tuluá le pide al gobernador la suspensión de Roberto Quintero Tascón del ejercicio de su cargo de concejal (f. 139);

2) El 14 de marzo el gobernador le exige al juez que envíe copia del auto de detención para proceder a decretar la suspensión de Quintero Tascón (132);

3) El 16 de marzo el gobernador le exige nuevamente al juez que le envíe copia del auto de detención para cumplir con el artículo 382 del código d procedimiento, con la resolución ejecutiva número 102 de 1922 y con el artículo 72 del código de régimen político, (132). No sobra advertir que la dirección de justicia del ministerio de gobierno, en telegrama de 3 de abril del mismo año, le decía al denunciante Panezzo que para decretar la suspensión de un concejal era necesario que el juez le remitiera al gobernador copia del auto de detención o del auto de proceder, según el artículo 72 del código de régimen político (f. 135);

4) El 21 de marzo dicta el gobernador una resolución para suspender a Quintero Tascón de su cargo de concejal (f. 140);

5) El 18 de abril el juez del circuito de Tuluá le ordena al gobernador la captura de Quintero Tascón (f. 17 v.);

6) El 19 de abril el gobernador dirige una circular telegráfica a los alcaldes ordenando dicha captura (132 v.), como así se lo comunicó al juez;

7) El mismo día le avisa el juez al gobernador que Quintero Tascón concurrirá a la asamblea del Valle como diputado (f. 18);

8) El propio día el gobernador dirige un oficio al comandante de la policía, comunicándole el avi-

so de que Quintero pensaba concurrir a la asamblea y recordándole la orden de captura contra él (f. 133;

9) En la misma fecha el juez le dirige un telegrama al gobernador rogándole suspenda la orden de detención de Quintero, mientras recibe respuesta a una consulta que le ha hecho al ministerio de gobierno sobre el particular (141);

10) El 20 de abril se reune la asamblea del Valle y Quintero Tascón se posesiona del cargo de diputado (f. 34 v.) en la sesión preliminar, después de la cual llega el gobernador al recinto (f. 35 v.);

11) El 24 de abril la dirección de justicia del ministerio de gobierno le reclama al gobernador el cumplimiento de la orden de captura de Quintero Tascón (f. 136);

12) El 25 de abril el juez le consulta al ministerio de gobierno si Quintero puede ser detenido a pesar de ser diputado (18);

13) El mismo día el gobernador le consulta a la misma entidad sobre el mismo punto (133);

14) El propio día el juez le ordena nuevamente al gobernador la captura de Quintero Tascón (142);

15) El 26 de abril el juez le dice al gobernador que suspenda la orden que el día anterior le había dado (18) de detener a Quintero Tascón (18);

16) También el 26 de abril el gobernador le explica al ministerio de gobierno que no pudo cumplir la orden de detención de Quintero Tascón el día de la reunión de la asamblea, porque en la sesión preliminar había concurrido el suplente y Quintero, en momentos de descuido y escondido entre los asistentes, se había presentado ante el presidente de la corporación a prestar el juramento y posesionarse, sin que por su cargo pudiera luégo detenérsele (f. 133);

17) El 27 de abril le dice el ministerio de gobierno a la gobernación de Cali que para detener a un diputado en ejercicio ha de solicitarse previamente la suspensión del cargo (138);

18) El gobernador ordena el cambio de radicación del sumario seguido a Quintero Tascón, por medio de la resolución número 53, de 15 de mayo del mismo año de 1939 (f. 31), no obstante el concepto contrario del tribunal de Buga (f. 30), porque la gobernación consideró que esos "conceptos no son de forzosa aceptación" y por estimar que había motivos suficientes para decretar ese cambio;

19) En fin, en providencia de 27 de junio de 1939, el juzgado del circuito de Roldanillo sobresee definitivamente en favor de Quintero Tascón (108), sobreseimiento que el tribunal de Buga hubo de confirmar en fallo de 16 de diciembre del mismo año (112 v.)

Basta la enunciación de estos hechos para llegar a la conclusión que se dejó apuntada al principio de este aparte.

La acción penal está prescrita. — Como la acción penal prescribe en cinco años cuando las infracciones no tienen pena privativa de la libertad (artículo 105 del código penal) y desde mayo de 1939 hasta hoy va corrido un tiempo de más de seis años, es el caso de dar por terminado el procedimiento por este motivo. No sin que se advierta que el auto de proceder no interrumpió la prescripción por haber sido revocado (artículo 107).

Consultaría más los intereses del procesado hacer patente su inocencia, amparándolo con un sobreseimiento definitivo; pero eso implica una actuación procesal que ya no cabe, porque, siendo la prescripción de orden público, una vez consumada lo procedente es declararla y dar por terminado el proceso, como aquí se hará. Por eso en la parte motiva y para satisfacer aquellos intereses, se hacen las consideraciones que se dejan referidas.

Resolución:

Por lo expuesto, la corte suprema — sala de casación penal — de acuerdo con el concepto del ministerio público y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, declara que por prescripción se ha extinguido la acción penal, que se le seguía al doctor Demetrio García Vásquez por los hechos de que lo acusó el señor Miguel J. Panezzo y que dieron origen a la presente investigación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal C., Oficial Mayor.

LA PELIGROSIDAD DE LOS ESTADOS IMPULSIVOS POR INTOXICACION ALCOHOLICA

I.—La peligrosisdad, como criterio de adaptación de la sanción al delincuente, comprende la personalidad de éste, así como los motivos determinantes, la gravedad y modalidades del delito.

II. — La embriaguez crea, en personas psicopáticas, estados impulsivos, precedidos a veces de ilusiones y alucinaciones, que configuran su peligrosidad.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Antonio Martínez Salamanca, por medio de su apoderado doctor Servando Gutiérrez Aragón, formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha 10 de marzo del año pasado, por la cual — con aplicación de los artículos 374 (inciso 2º) y 379 del Código Penal— fue condenado a la pena de tres años y cuatro meses de presidio — por el delito de lesiones personales en José Luis Herrera, cometido en las primeras horas de la noche del diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en casa del victimario, situada en la fracción de San Isidro, municipio de Santa Isabel, Departamento del Tolima.

Obtenido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal — que es desfavorable a la demanda — y sin que, por inasistencia de las partes se hubiera celebrado la audiencia, procede la Corte a estudiar el recurso, previo resumen de los hechos, de las actuaciones procesales y de las tesis presentadas por el Procurador y el recurrente.

I. — El delito y sus modalidades

Invitado por Martínez, veinte días antes con el fin de celebrar algún negocio que pensaba proponerle— refiere Herrera — llegó a casa de aquél en la tarde del día mencionado, en la cual vivía con su amante Rosa Piñeros y — parece — con el menor Felipe Villamarín, entonces de once y medio años de edad, y como no hallara a Martínez, resolvió esperarlo, y mientras tanto la Piñeros le ofreció de beber, lo que Herrera aceptó sin objeción.

Llegado que hubo Martínez, en estado de embriaguez, de siete a siete y media de la noche, aproximadamente, se saludaron y aquél ordenó a su amante diera a Herrera algo de comer; invitado a la cocina con tal objeto, se sentó en un banco, y cuando comía lo que la Piñeros le alcanzaba, sin que nada anormal hubiera ocurrido hasta entonces, Martínez, en un impulso inesperado, comenzó a atacarlo a machete por la cabeza y los brazos — que éste levantó para defenderse de tan imprevista acometida — y cayendo al suelo, Martínez lo ató con un lazo y lo arrastró hasta el patio, al mismo tiempo que pedía a la Piñeros la escopeta para dispararle.

El menor Villamarín, asustado, y mandado por Rosa, llamó a los vecinos Marco Antonio Marín y Juan Evangelista Trujillo, quienes, llegado que hubieron inmediatamente, sorprendieron a Martínez en el momento en que iba a iniciar de nuevo el ataque, al mismo tiempo que tiraba la soga con que antes le atara los brazos y lo sujetaba con un pie en el estómago, inmovilizándolo así y colocándolo en imposibilidad absoluta de rehuir el grave peligro que lo amenazaba, y del cual sólo pudo salvarlo la oportuna intervención de lo vecinos Trujillo y Marín, quienes, una vez que desarmaron al agresor, condujeron a Herrera a casa del primero, desfallecido por la hemorragia y el dolor que le causaran las heridas.

Esta narración, extractada de las afirmaciones de Herrera, Villamarín, Trujillo y Marín, y con mayores detalles reproducida en la calificación del delito y en la sentencia, relieva con precisión tanto el delito como sus modalidades.

II. — Actuaciones procesales

Entre las actuaciones procesales, que culminaron en la sentencia recurrida, se anotan las siguientes:

a) El primer reconocimiento de Herrera, según el cual recibió las siguientes heridas: una de ocho centímetros de longitud, a nivel de la línea media frontal, que interesó la piel y el tejido celular subcutáneo; otra, de cinco centímetros de longitud, a nivel del frontal izquierdo, que interesó únicamente el cuero cabelludo; dos pequeñas contusiones en el frontal derecho; otra herida punzo-cortante, de dos

centímetros de longitud por uno de profundidad, a nivel del tercio inferior del brazo derecho, región infero-externa; otra, cortante, trasversal, de seis y medio centímetros de longitud, a nivel del tercio inferior del antebrazo derecho, parte inferior-externa, que interesó la piel, el tejido celular subcutáneo y músculos, y, finalmente, otra herida cortante, oblicua, de afuera hacia adentro, a nivel del tercio superior del antebrazo izquierdo, parte postero-interna, que le interesó la piel, el tejido celular subcutáneo, los músculos, y le fracturó el cúbito en su extremidad superior lesiones éstas que según este reconocimiento habrían de causarle una incapacidad no menor de sesenta días;

b) El último reconocimiento, según el cual "el citado Herrera tuvo como incapacidad definitiva, debida sobre todo a la herida del tercio superior del antebrazo izquierdo, la cual interesó el radio y la articulación del codo, cincuenta (50) días; además, queda con lesión de carácter permanente consistente en la pérdida total del miembro superior izquierdo, el cual, no sólo no le sirve para nada sino que es para él un verdadero estorbo, pues lo tiene anquilazado en su extensión; los dedos índice y medio de la mano derecha, presentan un poco de dificultad para la flexión y extensión correcta";

c) El auto de proceder del Juzgado, según el cual Martínez lesionó a Herrera "de una manera intencional, sin ninguna circunstancia conocida que lo especifique";

d) El auto del Tribunal según el cual "la infracción se llevó a cabo intencionalmente sin causa alguna de irresponsabilidad penal para el acusado, quien obró bajo el influjo de la embriaguez voluntaria";

e) La sentencia del Juzgado por la cual — con aplicación del artículo 374 (inciso 2º) — Martínez fue condenado a la pena de dos años de presidio;

f) La sentencia del Tribunal Superior, por la cual fijó la pena en treinta meses "dada la gravedad del hecho en sí mismo", y que aumentó en una tercera parte — conforme al artículo 379 — en vista de que el procesado obró con sevicia e insidiosamente".

III. — La demanda de casación

El recurrente invocó las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal no sin que en la demanda hubiera incurrido en un error de técnica por cuanto presentó como causales independientes la errónea interpretación y la indebida aplicación de la ley penal, que apenas si son dos modos o formas de violación de la misma; error éste que debía inducirlo — como lo indujo — a presentar la segunda, o sea la errada apreciación de los hechos, como una tercera causal.

En cuanto a la primera causal, afirma que el Tribunal, en su sentencia, violó la ley penal, por las razones que en seguida se resumen:

a) Aplicó mal el artículo 374, porque no fijó, como el Juez, la pena en su mínimo, fundado en la gravedad del delito que no existe, porque fue cometido en estado de embriaguez;

b) Aplicó mal la ley penal porque se tuvieron en cuenta la sevicia y la insidia, que sólo fueron declaradas por el menor Villamarín, y

c) Aplicó mal la ley penal porque fijó el máximo del artículo 379, es decir, la tercera parte de la pena, sin consideración a las circunstancias de menor peligrosidad acreditadas en el proceso.

En cuanto a la segunda causal, apenas hace a ella breve referencia en la parte final de la demanda, sin mención de cuál o cuáles fueron los hechos erradamente apreciados ni menos de los fundamentos de la errada apreciación, a menos que se tratara del testimonio del menor Villamarín que el recurrente objeta sin razón alguna.

El problema se reduce, en consecuencia, a estos puntos: si la pena del artículo 374 (inciso 2º) podía aumentarse a dos años y medio en atención a la gravedad del delito; si las circunstancias de los numerales 5º y 7º del artículo 363 pueden ser aquí aplicables, y finalmente, si podía fijarse el máximo del artículo 379, en caso de que las mencionadas circunstancias lo fueran.

No ha objetado el recurrente, por lo tanto, la aplicación del artículo 374 (inciso 2º) del Código Penal, dada la perturbación funcional permanente del brazo izquierdo que a Herrera le produjo la lesión, lo que constituye la premisa o punto de partida de este estudio.

IV. — Estudio del recurso

El Tribunal fijó, como base de la sanción, la pena de dos años y medio de presidio, es decir, aumentó en seis meses el mínimo, en virtud del carácter de gravedad que dio al delito, y contra lo cual dirigió su primera objeción el recurrente, fundado en que esa gravedad no fue acreditada en el proceso sino mediante el testimonio del menor Villamarín, y que, apenas si en forma interrogativa y nó categórica, tacha en breves frases de su escrito.

Evidentemente, el criterio que rige la sanción se deriva no sólo de la gravedad objetiva del hecho, uno de cuyos elementos se concreta en el daño causado, sino también de las modalidades, del motivo, de las circunstancias de peligrosidad y de la personalidad del delincuente, y si el Tribunal omitió, deliberadamente o no, la referencia a estas cuestiones,

no significa ello que los datos del proceso no son susceptibles de fundar legalmente su existencia.

Martínez — según el proceso — atacó a Herrera sorpresiva e intempestivamente, mientras comía lo que por su orden le dio su concubina y, aún más, para evitar que siguiera defendiéndose con los brazos, que ya le había lesionado, se los ató, y así lo arrastró al patio, pronto a ultimarlo si Marín y Trujillo no lo hubieran impedido.

Ningún motivo lo determinó a agredir a Herrera, pues si fue cierto que, según Rosa Piñeros, Herrera le hizo propuestas amorosas antes de la llegada de Martínez, éste no fue entonces informado, ni el menor Villamarín las refiere en forma alguna; lo que hay de cierto es que — según lo refiere Cupertino Arboleda y tácitamente lo sugiere Rosa Piñeros, la concubina del agresor — la intoxicación alcohólica crea en Martínez estados impulsivos que cualquier día habían de llevarlo al delito, y en eso consiste, especialmente, su peligrosidad; y es bien sabido que la embriaguez, en terrenos psicopáticos, debilita toda fuerza inhibitoria, y, lo que es más grave, crea determinados estados ilusorios y alucinatorios, lo que explica por qué Martínez, como lo afirma en su indagatoria, creyó que Herrera era un ratero que iba a apoderarse del café que tenía en su casa, y porqué el hecho de hallar a Herrera allí y no salir la Piñeros a encontrarlo a su llegada, como era costumbre, fue interpretado por Martínez como una infidelidad de su concubina o como una prueba de su seducción por Herrera.

Y si es cierta la afirmación de Arboleda y la sugerencia de la Piñeros, no sería muy lógico afirmar que Martínez, en este caso, no hubiera podido prever las consecuencias delictuosas de la embriaguez, para que ésta se alegara con razón como circunstancia de menor peligrosidad.

La tesis del Tribunal, pues, según la cual el delito imputado a Martínez es grave y su gravedad impide fijar la sanción en el mínimo, es recta y legal.

Impugna también el recurrente la sentencia del Tribunal, porque aplicó el artículo 379, siendo así — dice — que la sevicia y la insidia con que, según aquél, Martínez ejecutó el delito, no aparecen aquí legalmente comprobadas.

No razona el recurrente en relación con este tópico, y si no es clara la existencia de la sevicia, en su clásica noción de crueldad, a pesar del número de heridas, de las cuales sólo una fue grave, ya que intervino la influencia de una intoxicación que — como se dijo — pudo haberle creado una alocinación de fondo pasional, no es imposible — como la Corte lo ha afirmado — que en estos estados, el número de actos o de lesiones no implica necesariamente sevicia, ya que la mano que repite sin tregua golpe obedece irrazonablemente a la intensidad un mismo impulso incontrolado.

La insidia o asechanza, una de las formas del estado de indefensión o inferioridad, no es aquí tan precisa ni tan clara como la alevosía, cuya existencia da al delito un carácter de especial gravedad. Martínez no sólo atacó a Herrera a traición, sino que le ató los brazos para que no pudiera defenderse y para asegurar el éxito de la agresión es, pues inobjetable que Martínez cometió su delito, al menos con la circunstancia del numeral 6º del artículo 363, lo que funda la aplicación del artículo 379.

No coincide la Corte, eso sí, con el Tribunal, en que se hubiera fijado la pena en el máximo del artículo 379, ya que si la del 374 — que es la que precisamente corresponde al delito — no se elevó a tal grado, por la inexistencia de circunstancias de mayor peligrosidad, no hay razón de lógica para que se eleve la que lo agrava, aunque no rigiera la norma del artículo 39 del estatuto penal.

La causal primera, en esta parte de la objeción del recurrente, tampoco es fundada, y, en consecuencia, la pena básica de dos años y medio, se aumentará en una sexta parte, lo que da un total de tres años, que es la que debe cumplir el procesado.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad, sugerida por el señor Procurador Delegado, de declarar desierto el recurso, por cuanto el apoderado presentó la demanda después de trascurrido el tiempo del traslado a Martínez, aunque el poder fue presentado dentro de este tiempo, la Corte ratifica la tesis según la cual se sucede el fenómeno de la restitución de términos cuando dentro de éstos ha habido actuaciones — como lo referente a poderes u otras análogas — tesis adoptada por la Corte tanto en materia civil como en materia penal ("Gaceta Judicial" números 2001 a 2005, página 398).

En consecuencia de lo expuesto la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior, en el sentido de reducir a tres años la pena que debe cumplir el procesado y proporcionalmente a aquélla el tiempo de interdicción de derechos y funciones públicas.

Copiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal, Of. Mayor.

APLICACION DE UNA LEY NUEVA DE PROCEDIMIENTO EN MATERIA CRIMINAL

La ley procedimental, cuando no contiene preceptos de orden sustantivo, sino de mera formalidad, de apreciación objetiva o externa, es de aplicación inmediata.

La finalidad de la ley procesal radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto por medio de ella se trata de garantizar la represión de un delito con la imposición de una pena. Si la nueva ley no agrava las condiciones del acusado, disminuyendo los medios de defensa, sino al contrario, los amplía, o aumenta las probabilidades de éxito con relación a ésta, la ley procedimental, en su ejercicio y aplicación, es de orden imperativo e inmediato.

Si la ley de procedimiento encarna preceptos destinados a conducir el juicio por normas procesales más adecuadas hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, o si ella contempla formalidades no de esencia, sino de procedimiento, de apreciación objetiva por parte del juzgador, la ley es también de aplicación inmediata.

Este criterio tiene respaldo en lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, que dice: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Conforme a esta disposición, cuando la nueva ley procedimental entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la sustanciación y ritualidad de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin menoscabar los sistemas defensivos del procesado, ya que éstos son postulados supremos de justicia penal, por los cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado.

Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría, en perjuicio de éste.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, confirmó la providencia dictada por el Juzgado 2º Superior, que condenó a Marco Tulio Marín a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes, por la comisión de un delito de homicidio agravado, cometido en la persona de Noé Rodríguez.

Contra la sentencia de segunda instancia se interpuso recurso de casación, que fue sustentado por el doctor Jorge Gutiérrez Anzola, en demanda de fecha 17 de octubre de 1944, en la cual pide se declare nulo el proceso. Corrido el traslado al señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites de la ley, se procede al estudio del recurso.

Antecedentes

El 29 de octubre de 1940, en la población de Timbo, Marco Tulio Marín tuvo un disgusto con Isauro Rodríguez. El mismo día llegó a esa población, procedente de Jamundí, Noé Rodríguez, y como se le informara que su hermano se hallaba detenido, se dirigió al establecimiento carcelario, para averiguar los motivos de la detención. Después volvió a su casa de habitación, con el objeto de llevar a su hermano algunos elementos indispensables para dormir. Al pasar por el establecimiento de Marín, le llamó la atención a éste para que le manifestara las causas por las cuales estaba preso su hermano. Se dice que Marín le contestó: "No nos pongamos a discutir eso ahora que después arreglaremos eso".

Cuando Noé Rodríguez se dirigía por la carrilera del tren, ya de regreso a su casa, fue sorpresivamente atacado a puñaladas por Marín, y a consecuencia de las lesiones recibidas, murió instantes después.

El tres de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, el Juzgado llamó a responder en juicio a Marco Tulio Marín, por un delito de homicidio, y el Tribunal, en providencia de veinticuatro de mayo de ese año, confirmó la proferida por el inferior. Cumplidas las formalidades procedimentales, el Juzgado, en marzo diez y siete de mil novecientos cuarenta y dos, formuló el cuestionario que debían absolver los miembros del jurado, cuestionario que se halla integrado por cuatro preguntas: la primera, referente a la realización material del hecho; la segunda, relativa al propósito de matar; la tercera y la cuarta, a las circunstancias que hacen del delito un homicidio calificado o agravado.

La audiencia pública tuvo lugar el nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, y sobre el veredicto emitido por los miembros del jurado, que fue afirmativo para las tres primeras preguntas y negativo para la cuarta, se pronunció el fallo que motiva el recurso de casación.

El Juzgado 2º Superior de Cali, en auto de abril catorce de mil novecientos cuarenta y tres, declaró nula la diligencia de audiencia pública verificada en este proceso, con fecha nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, y ordenó celebrar nueva audiencia, porque en la primera no se cumplieron los mandatos de la Ley 4ª de 1943 ya en vigencia, sino las normas del Código de Procedimiento Penal. Pero el Tribunal, en providencias de agosto trece y septiembre ocho del mismo año, revocó la determinación del inferior y ordenó dictar la sentencia correspondiente. Las razones en las cuales sustenta el Tribunal sus puntos de vista, se resumen así:

Los cuestionarios se formularon el diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, de conformidad con la Ley 94 de 1938 (C. de P. P.) El auto está ejecutoriado, es ley del proceso. En tal virtud aquéllos no pueden ser sustituídos por la ley reformatoria, porque se involucrarían disposiciones de distintos sistemas, se desarticularía la unidad procedimental que debe existir entre los cuestionarios y la diligencia de audiencia, y se violaría el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que dice: "Los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

La irregularidad proveniente de la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Penal, en vez de las formalidades de la Ley 4ª de 1943, no de ser elevada a la categoría de nulidad. La va diligencia de audiencia a nada práctico con porque a los miembros del jurado tendría que metérseles los mismos cuestionarios, con el o de que el problema sea resuelto, no en forma vidual, sino colectiva.

La no aplicación de las nuevas leyes adjet que garantizan el derecho de defensa del proces no constituye causal de nulidad, por no estar e da como tal en los artículos 198 y 199 del Có de Procedimiento Penal, y porque, "en el can de retrotraer el procedimiento para subsanarlas tropieza con el criterio restrictivo que rige la in pretación de esas dos disposiciones".

Comparación de leyes

Del examen comparativo de las dos leyes, 94 1938 y 4ª de 1943, se deduce lo siguiente: la pri ra, determina que los cuestionarios deben forn larse previamente antes de la audiencia; los jue de conciencia absuelven individualmente las preg tas de los cuestionarios, con un "SI" o un "NO sin deliberación previa, sin explicación o adici que pueda aclarar su veredicto. La segunda dis ne que los cuestionarios deben formularse en el m mento de la audiencia; los jurados, antes de emi su veredicto, pueden deliberar previamente, y respuesta puede ser explicada cuando el hecho sido cometido en circunstancias diversas a las pla teadas en el cuestionario.

El legislador de 1938, en su afán de simplificar trabajo de los jueces de conciencia y con el pr pósito de que la administración de justicia respo da a las finalidades propias de la institución d jurado, en el artículo 498 del Código de Procedimie to Penal, impuso la obligación de formular cuesti narios múltiples, que debían ser absueltos afirmat va o negativamente, sin deliberación previa o cole tiva.

La multiplicidad de cuestionarios llevó a los mien bros del jurado a pronunciar veredictos contradi torios y en desacuerdo con la evidencia de los h chos procesales. La aplicación de esa norma cr dificultades, no sólo para el jurado, sino para l jueces de derecho, quienes en la imposibilidad interpretar el veredicto, optaban por la aplicaci del principio **indubio pro reo**, duda que en much casos perjudicaba los intereses de la sociedad, y h cía difícil y peligrosa la administración de justici Tales vacíos y anomalías de la ley procedimenta las críticas constantes de Jueces, Tribunales y la Corte, crearon un ambiente de reforma e imp

n la necesidad de sustituír ese procedimien-
or otro mejor y más acorde con la realidad de
echos y de la justicia.

Ley 4ª de 1943 en sus artículos 27, 28 y 29,
vez que llenó esos vacíos, sustituyó el procedi-
to, reemplazando el principio de la multiplici-
de cuestionarios por el de la unidad; es decir,
rminó la elaboración de uno solo, que contem-
la materialidad del hecho y la responsabilidad
autor. Si el hecho se comete en las condiciones
artículo 29 del Código Penal, el Juzgado puede
ular otro cuestionario. Se restableció la deli-
ción colectiva del jurado, y las respuestas que
emite como absolución de los cuestionarios,
en ser explicadas cuando, a juicio de sus miem-
la pregunta no contemple las circunstancias
modifican la responsabilidad, en orden a la im-
ción de la pena.

Demanda

l doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, distin-
lo penalista, como apoderado del recurrente, en
ito de diez y siete de octubre de mil novecientos
renta y cuatro, formuló la correspondiente de-
da de casación e invocó como causales las de
numerales 1º y 4º del artículo 567 del Código de
cedimiento Penal.

s de advertir que el apoderado opta por el sis-
ma de enunciar las dos causales, por convenir a
intereses de su representado, aunque estima que
a de las dos excluye a la otra.

as razones que se aducen para sustentar las cau-
es primera y cuarta — se puede decir — son idén-
as, y la conclusión deducida de la primera como
la cuarta, es una, que se concreta a la peticion
nulidad de la actuación, a partir de la diligencia
audiencia celebrada en el juzgado, nulidad invo-
da por no haberse dado preferencia en el juzga-
ento a la aplicación de las normas de la Ley 4ª
1943, favorable a los intereses de la defensa.

Causal primera

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley pe
l, por errónea interpretación o por indebida apli-
ción de la misma".

En once numerales funda esta causal el apodera-
, y en los puntos 10 y 11 se lee lo siguiente:

"10. — El Tribunal Superior de Cali violó igual-
ente en su sentencia, lo dispuesto por el artículo
del Código de Procedimiento Penal, en desarro-
de lo estatuído por la Constitución Nacional,
ando establece: "No se podrá **imponer sanción alguna** por infracciones de la ley penal sino de conformidad con las disposiciones LEGALES SOBRE PROCEDIMIENTO y en virtud de sentencia dictada por el Juez competente".

"11. — Tanto el artículo 22 de la Constitución Nacional, así como el 1º del Código de Procedimiento Penal que se transcribe en el numeral anterior, son ley penal y su violación, por consiguiente, cuando se ha interpretado en forma errónea o se ha aplicado indebidamente como es el caso, constituye un motivo de casación de la sentencia de segunda instancia en que tal cosa se hace".

En la parte explicativa de los hechos, la demanda dice:

"Y no valdría decir que no se está en presencia de una ley penal — la Ley 4ª de 1943 — todo su contenido se refiere a materia penal, pero especialmente los artículos 27, 28 y 29 que se refieren a una sustancial modificación del procedimiento que venía rigiendo para las audiencias, son materia penal. Es bien sabido por los señores Magistrados que todos los autores de Derecho Penal comienzan su tratado de la Ley Penal afirmando que hay una ley penal sustantiva y otra adjetiva; que una y otra se complementan. Nuestro Código no distingue entre ley sustantiva y ley adjetiva para el efecto de la causal primera de casación. Debe presumirse de derecho que la causal primera cobija tanto las violaciones a la ley penal sustantiva como a la adjetiva"

La ley procedimental, cuando no contiene preceptos de orden sustantivo, sino de mera formalidad, de apreciación objetiva o externa, es de aplicación inmediata.

La finalidad de la ley procesal radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto por medio de ella se trata de garantizar la represión de un delito con la imposición de una pena. Si la nueva ley no agrava las condiciones del acusado, disminuyendo los medios de defensa, sino al contrario, los amplía, o aumenta las probabilidades de éxito con relación a ésta, la ley procedimental, en su ejercicio y aplicación, es de orden imperativo e inmediato.

Si la ley de procedimiento encarna preceptos destinados a conducir el juicio por normas procesales más adecuadas hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, o si ella contempla formalidades no de esencia, sino de procedimiento, de apreciación objetiva por parte del juzgador, la ley es también de aplicación inmediata. Este criterio tiene respaldo en lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 53 de 1887, que dice: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen

sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Conforme a esta disposición, cuando la nueva ley procedimental entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la **sustanciación y ritualidad** de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin menoscabar los sistemas defensivos del procesado, ya que éstos son postulados supremos de justicia penal, por los cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado.

Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría, en perjuicio de éste.

La Ley 4ª de 1943, en sus artículos 27, 28 y 29, contiene preceptos sustantivos y adjetivos. Los segundos que son de aplicación inmediata, se pueden valorar objetivamente por el juzgador, deduciendo el concepto o la calidad de favorables, de la comparación de estas normas con las del Código de Procedimiento Penal. Nadie puede dudar que la fórmula del juramento que trae el artículo 27, como la facultad otorgada a los miembros del jurado respecto a la explicación de su veredicto, y el restablecimiento de la deliberación colectiva acerca de las respuestas de los cuestionarios, son medidas de carácter procedimental formal que, apreciadas objetivamente, favorecen la defensa del procesado. Por consiguiente, esas normas son de aplicación inmediata en los juicios penales.

Estas disposiciones, en su aplicación, no se oponen a la excepción consagrada por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que dice: "Los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". En el caso de estudio, no se contempla la existencia de dos actuaciones ya iniciadas, o que se contraponen entre sí, porque no existen. En efecto: el auto que formula los cuestionarios es distinto de la diligencia de audiencia, aunque entre estas dos actuaciones exista cierta relación de subordinación. El primero es una providencia de atribución exclusiva del juzgador, y la segunda es un acto que preside el Juez, con anuencia del jurado que pronuncia veredicto y de las partes que intervienen en el proceso.

Si entre el auto que formula los cuestionarios y la diligencia de audiencia existen diferencias sustanciales, no sólo en la forma, sino en cuanto al contenido intrínseco, es lógico concluír que no se trata de actuación o diligencia pendiente de un acto que implique continuidad en sus formas. De aceptar la generalización del concepto, se haría imposible la aplicación de toda nueva ley procedimental, aunque ésta contemple mejores medios defensivos para los intereses del procesado.

La aplicación de los preceptos de la Ley 4ª de 1943 en los procesos penales, no puede llevarse a efecto sobre cuestionarios formulados de conformidad con los artículos 497, 498 y 503 del Código de Procedimiento Penal, porque este sistema rompe la unidad procesal, dando lugar a involucrar dos leyes distintas, para deducir una conclusión favorable al reo, que no proviene ni de la aplicación de la Ley 4ª de 1943, ni de la Ley 94 de 1938. (C. de P. P.)

Relacionando estos principios con la causal primera invocada por el recurrente, que contempla el caso de ser la "sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", tenemos que ella no es procedente, porque esta causal sólo hace referencia a la ley sustantiva, que señala las penas aplicables a cada delito en cada caso concreto, y no a las leyes adjetivas que contienen preceptos de carácter sustantivo. Por esto, el numeral 1º del artículo 567 dice: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal", y naturalmente, es en la sentencia donde se aplica la sanción establecida por la ley penal sustantiva, no en la adjetiva, para cada delito en particular.

Por estos motivos, la causal primera no prospera.

Causal cuarta

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad".

El doctor Gutiérrez Anzola sustenta esta causal en ocho numerales y una parte explicativa, de los cuales transcribimos los siguientes apartes:

"6º — El Juez de la instancia procedió en forma perfectamente jurídica cuando en su providencia declaró legalmente inválida e inexistente la audiencia celebrada el nueve de marzo de 1945. Entre las sanciones de Derecho Público en relación con los actos y los contratos de las personas o los Poderes

ublicos o de los Organos de la Administración no lamente está la nulidad de los dichos actos o con- atos por haberse efectuado en forma irregular, si- la declaratoria de inexistencia de los mismos r considerarse como no hechos".

"9º — Tampoco entre las causales de nulidad se mencionado una que diga que el proceso es nu- cuando se ha dado prevalencia a una disposición gal contrariamente a lo dispuesto por la Constitu- ón Nacional. Sin embargo no hay Tribunal algu- que pueda hacer prevalecer la ley sobre la Cons- tución cuando se encuentra en conflicto".

Y posteriormente, al explicar los hechos en que nda su demanda, dice: "Desde luego, tengo que firmar que es más favorable el procedimiento de Ley 4ª de 1943, a mi defendido para los efectos el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución Na- onal. No valen, pues, los argumentos del Tribu- al acerca de si era o no era más favorable la ley ueva. Este problema no puede ser objeto de dis- usión. Tan sólo basta afirmar que la ley nueva ntró a regir el 27 de febrero de 1943 y que desde sa fecha era imperiosa su vigencia"

Cuando la ley procedimental contiene preceptos e carácter sustantivo, su aplicación está subordi- ada al principio de que "en materia criminal la ey permisiva o favorable, aun cuando sea posterior l acto que se impute, se aplicará de preferencia a a restrictiva o desfavorable".

La afirmación anterior se respalda en el inciso º del artículo 26 de la Constitución Nacional, que barca no solamente a la ley penal sustantiva sino ambién a la adjetiva o formal, cuando ella contie- e preceptos de orden sustantivo. El alcance de ste mandato fue fijado por la Corte, en estos tér- inos:

"Dadas las profundas vinculaciones entre el de- echo penal sustantivo y el derecho penal proce- al, no es arbitrario suponer que el constituyente mpleó aquí la locución "en materia criminal" en u amplia sentido, dándole a la regla la flexibilidad ecesaria para la solución de los problemas compe- os a que da lugar el cambio de leyes que, sin ser enales, de su aplicación adecuada puede depender a imposición de la pena o su atenuación. No es exactamente lo mismo decir "ley penal permisiva favorable" que "ley permisiva o favorable en ma- eria criminal". El primer concepto es de suyo li- itado. En el segundo caben, sin impropiedad, tan- o las leyes estrictamente penales, que definen los elitos y establecen las penas, como las que regla- entan la jurisdicción y el procedimiento en mate- ia penal o criminal.

"Mas si el tenor literal del texto ofreciere alguna incertidumbre, la explicación de su contenido viene a disiparla".

"Dicha regla tiene por objeto atenuar la rigidez del viejo principio de retroactividad de la ley penal. Las razones de justicia en que esto se funda concurren con igual evidencia respecto de normas procesales nuevas cuya aplicación en los procesos iniciados bajo el procedimiento anterior modifican sustancialmente la relación jurídica establecida, en el momento de la comisión del hecho, entre el acusado y el poder que lo juzga.

"La cuestión del deslinde entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal formal; para los efectos de la aplicación de los principios de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad benigna de la misma, no ha sido claramente definida por el derecho científico; y en cuanto a las legislaciones positivas, tampoco contienen fórmulas de universal aceptación.

"Desde luego todos los autores coinciden en que el acusado carece de derechos adquiridos ante el proceso, pues las leyes que lo regulan pertenecen al orden público y son, por tanto, de aplicación inmediata. Sin embargo, admiten como criterio directivo en el procedimiento, la restricción de los efectos de la ley nueva, a fin de no hacer más gravosa la situación del individuo **sub-judice**".

El principio constitucional del artículo 22 (26 de la nueva Codificación) fue invocado por el recurrente como fundamento de la causal cuarta, cuando dice "Desde luego tengo que afirmar que es más favorable el procedimiento de la Ley 4ª de 1943 a mi defendido para los efectos del inciso 2º del artículo 22 de la Constitución Nacional".

Los legisladores de 1938 consignaron este principio en el artículo 5º de la Ley 94 de ese año (C. de P. P.), para que se lo tuviera en cuenta como precepto aplicable cuando se plantee el caso y no como simple disposición de contenido muerto y sin vigor dentro de los procesos penales. Su vigencia y aplicación obedece a necesidades de orden público, pero su actualización en el proceso se subordina al criterio de ser favorable, criterio que debe ser invocado por el sindicado o por el defensor, cuando su apreciación sea de carácter subjetivo.

En este proceso no se tuvo en cuenta el precepto constitucional del artículo 22 (26 de la nueva codificación) sobre aplicación, en materia criminal, de la ley más favorable, en relación con las normas de la Ley 4ª de 1943, por la razón que expresa el Juzgado, cuando dice:

"La Ley 4ª de febrero 27 de 1943, sólo fue publicada en el Diario Oficial LXXVIII, Nº 25187, edita-

do en Bogotá el seis de marzo siguiente y conocida en esta ciudad, por falta de remisión oportuna del Diario, únicamente en este mes de abril cuando por propia iniciativa este Juzgado se pudo conseguir un número del mencionado periódico oficial".

Esta circunstancia no justifica en ningún caso la no aplicación del precepto constitucional. El desconocimiento de la Ley, cuando ya estaba en vigencia, impidió al procesado y a su defensor la invocación del principio de la ley más favorable en materia penal, consagrado en nuestra carta, restringiendo de esta manera las garantías procesales a las cuales tenían derecho, y afectando el proceso, por tal motivo, de nulidad sustancial, bien sea por no haberse aplicado el principio del inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional, invocado por el recurrente, ya también por no haberse juzgado al procesado con las formalidades propias del juicio, de conformidad con el inciso primero del precepto citado.

Por estas razones, la causal cuarta es procedente y la invalidación del proceso debe decretarse

Nulidad

Sobre este particular, son pertinentes los argumentos del Procurador, cuando dice:

"La otra razón de orden legal que adujo el Tribunal para no invalidar el auto de la audiencia, fue la de que la irregularidad, en el caso de existir, no estaba contemplada como motivo de nulidad en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Es muy cierto que para evitar la arbitrariedad, no se ha dejado al querer de los jueces la enumeración de las causales de nulidad procesal, materia ésta que sólo la ley puede regular".

"Pero en el presente caso, si bien la grave falla de que adolece el proceso atinente a la audiencia, no está citada de manera textual en los memorados artículos 198 y 199, en cambio sí incide de manera directa en la Ley de las Leyes, en la Constitución Nacional. El artículo 22 de la Carta estatuye, entre otras cosas:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente, **y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio**". "Lógico desarrollo de este mandato es el artículo primero del Código de Procedimiento Penal, según el cual "no se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por juez competente".

"El concepto jurídico de nulidad implica la existencia de un acto procesal no realizado conforme a las normas legales que lo regulan; es una infracción manifiesta de las reglas procedimentales que deben llenarse en cada caso. Nulidad tanto quiere decir como omisión de algo indispensable para la validez de un acto.

"Pues bien: Si el Código de Procedimiento, en sus artículos 198 y 199, crea como motivo de nulidad algunas informalidades hasta de carácter adjetivo, como no celebrar la audiencia en el día y hora fijados, o el no consumarse ella públicamente, con mayor razón habrá nulidad sustancial cuando se aplican al proceso disposiciones de leyes que están derogadas y se omiten así las prescripciones de las leyes que están vigentes, llevándose de calle, por consiguiente, el ineludible precepto constitucional de que nadie puede ser juzgado y menos condenado sino "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"Estas son las llamadas nulidades constitucionales que están por encima de lo que pueda disponer la ley sobre el particular. En caso de incompatibilidades entre la Constitución y la ley — dispone la Carta — se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". (Artículo 150)".

"La Constitución en su Título III habla "De los derechos civiles y garantías sociales"; y es allí donde establece la manera como una persona debe ser juzgada mediante un criterio de rígida legalidad, llenando todas las formas propias del procedimiento. Ese criterio de legalidad no sólo es una simple prerrogativa para los particulares, sino todo un mandato para el Estado mismo en su función jurisdiccional".

"Condenar a una persona, como en este caso, con menoscabo de las garantías de que habla la Constitución, es la máxima nulidad que pueda darse, es el mayor esfuerzo que pueda hacerse para romper el estado de derecho que rige entre nosotros. La nulidad no nace, pues, en esta hipótesis de la simple voluntad del Juez, sino del quebrantamiento de una norma de superior jerarquía a la ley, como es la Carta fundamental".

"Guiada por estos altísimos principios, la Corte Suprema de Justicia, desde hace varios años, viene reconociendo la existencia de nulidades constitucionales. Y así pueden citarse, entre otras, la sentencia de cuatro de diciembre de 1925 en la casación de Juan de Dios Buitrago, por homicidio (Gaceta, números 1659 y 1660, página 132); la sentencia de 7 de mayo de 1941 en la casación de Adán Alarcón, por homicidio (Gaceta, números 1971 y 1972, página 314); y la sentencia de 16 de febrero de 1942 en la casación de Juan Jaime Maldonado, por homici-

dio. (Gaceta, número 1979). Recientemente en la casación de Venancio Roatán Peña, por homicidio y lesiones personales, la actual Sala Penal de la Honorable Corte acaba de sentar igual doctrina. Todo lo cual significa que el juicio sí está afectado de nulidad sustancial".

Demostrada la existencia de la causal cuarta, la sentencia debe casarse, dando aplicación al principio del artículo 570, numeral b), del Código de Procedimiento Penal.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA NULO LO ACTUADO a partir de la diligencia de audiencia verificada el nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Cali, inclusive, en adelante, para que se reponga el procedimiento de conformidad con la Ley 4ª de 1943, invocada por el recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Jenaro Cruz, Conjuez. — **Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal C.,** Oficial Mayor.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

1.—La ley 29 de 1931 que creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en parte alguna radicó en Bogotá el domicilio único de esa entidad. Todo lo contrario aparece del artículo 2c de esa ley. Como lógica consecuencia de él el Consejo sí puede ser demandado en cualquier parte de la República, mas no como una entidad jurídica cualquier sino como pudiera serlo el Estado mismo, todo esto bajo la salvedad de que el Consejo debe estar representado por su Administrador General, o por la persona en quien él delegue sus funciones, y no por los Agentes del Ministerio Público. A este respecto son lo suficientemente claros los Decretos-leyes Nos. 1420, 1842 y 2465 del año de 1943.

2.—La Corte, en numerosos fallos, ha sostenido la tesis de que el numeral 2º del artículo 353 del C. J. debe entenderse en un sentido meramente formal; para que esta excepción prospere como dilatoria es necesario que ataque la personería adjetiva, como cuando una persona es demandada a nombre de otra de quien no es su legítima representante. Mas cuando se trata de saber si una persona es o no la obligada a responder por determinados hechos, es cuestión de fondo que debe resolverse en el fallo mismo y que, por lo tanto, no cabe presentar como una excepción dilatoria.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veinte de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El señor Guillermo Ocampo A., como apoderado del señor Jesús María Cardona, demandó en juicio ordinario al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por su Gerente el doctor Hernán Cuéllar Wallis.

El Tribunal Superior de Manizales, ante quien se presentó la demanda, profirió el auto de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio del cual declara como no probadas las excepciones de declinatoria de jurisdicción e inepta demanda, propuestas por el representante del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales. De esta providencia recurrió la parte demandada, por lo que han venido los autos a esta Superioridad.

Son hechos de la demanda:

1º—Con fecha veintidós de enero de mil novecientos treinta y siete el Gobierno Nacional, por intermedio del señor Ministro de Obras Públicas, celebró un contrato con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por su Administrador.

2º—La cláusula primera de dicho contrato reza: "El Consejo se obliga a llevar a cabo por cuenta del Gobierno la construcción de los siguientes obras: a) El sector del Ferrocarril Troncal de Occidente que conecta a la Virginia con el Pintado, sector que hace parte del sector general del mismo ferrocarril comprendido entre la Virginia y la Estación Alejandro López, del Ferrocarril de Antioquia".

3º—El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales estuvo encargado de la construcción y administración del Ferrocarril Troncal de Occidente en el trayecto de la Virginia a Irra, como prolongación del Ferrocarril del Pacífico, que también administra, contrato que el Consejo ha venido cumpliendo".

4º—El día veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, a las seis y cuarenta y cinco p. m., el señor Jesús María Cardona fue atropellado por la locomotora número siete A (7|A), en el momento en que dicho señor transitaba por el puente "La Nona", en el sector del Ferrocarril Troncal de Occidente.

El señor apoderado de la parte demandada propuso ante el Trbiunal del conocimiento las ex-

cepciones de declinatoria de jurisdicción e inepta demanda.

Considera él que en el caso de ser el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales quien debiera responder de esos hechos, la demanda debería instaurarse ante el Tribunal Superior de Bogotá, siguiendo la regla general **actor sequitur forum rei,** fundamento de la primera de las excepciones propuestas.

Igualmente considera el señor apoderado del Consejo Administrativo que esta entidad no es la obligada a responder de los hechos que se demandan, ya que durante el lapso en que ocurrió el accidente "el sector de ferrovía que incluye la estación de Belalcázar se hallaba todavía en construcción y ésta se hacía por cuenta de la Nación". "En tales circunstancias —dice— parece indudable que la acción debe encaminarse contra el Estado, directamente, representado por el respectivo Agente del Ministerio Público, pues la representación y personería que al Consejo Administrativo otorga el artículo 2º de la Ley 29 de 1931, está expresamente limitada en esa disposición y en la del artículo 1º del mismo estatuto". En esta forma plantea el señor apoderado de los Ferrocarriles Nacionales la segunda de las excepciones propuestas, inepta demanda.

Declinatoria de Jurisdicción

El Tribunal de primera instancia considera que "en el presente caso se trata de un juicio seguido contra el Estado, juicio del cual conoce el Tribunal correspondiente al domicilio del demandante, de acuerdo con los artículos 76, 152 y 155 del Código Judicial. Es evidente que la determinación que aparece de las normas citadas no dá lugar para atender a la regla general invocada por el señor apoderado".

La excepción de declinatoria de jurisdicción, de acuerdo con el artículo 331 del Código Judicial, tiene por objeto privar al Juez del conocimiento de un negocio por no corresponderle según las reglas generales que determinan la competencia. La misma Ley ha atribuído a los Tribunales Superiores del domicilio del demandante, por razones de economía procesal, el conocimiento de los juicios que se sigan contra el Estado. Sólo en casos excepcionales, previamente establecidos por el legislador, es posible que no tenga cabida este principio.

La Ley 29 de 1931 que creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en parte alguna radicó en Bogotá el domicilio único de esa entidad. Todo lo contrario, el artículo 2º de la Ley en mención dice: "El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutara de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por su Administrador General; ejercerá todas sus funciones con una completa independencia, y **podrá presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden,** y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado". Como lógica consecuencia, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales sí puede ser demandado en cualquier parte de la República, mas no como una entidad jurídica cualquiera sino como pudiera serlo el Estado mismo; todo esto bajo la salvedad de que el Consejo debe estar representado por su Administrador General, o por la persona en quien él delegue esas funciones, y no por los Agentes del Ministerio Público. A este respecto son lo suficientemente claros los Decretos-leyes números 1420, 1842 y 2465, todos del año de 1943.

Inepta demanda

"Esta excepción cabe —dice el señor representante del Consejo Administrativo— de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal segundo del artículo 333 citado, cuando la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda".

Por su parte el Tribunal rechaza la excepción propuesta en la siguiente forma: "Cuando esta excepción se ejercita contra diversa persona de la obligada a responder sobre el hecho o cosa que se demanda (numeral 2º del art. 333 del C. Judicial), si se atiende a su calidad de dilatoria, necesariamente ha de tenerse en cuenta que ella va dirigida contra el procedimiento para dos únicos fines, que son: suspenderlo o mejorarlo.

"Dicha excepción, limitada a su calidad de dilatoria, sólo tiene cabida cuando la persona a quien se demanda no es la obligada a responder procesalmente; es a esa persona a la que se refiere. Cuando se trata de persona que no tenga la obligación de responder por lo que se demanda, la excepción no tiene carácter de dilatoria; en este caso es perentoria, por lo cual no tiene cabida en incidente como el de autos".

La Corte, en numerosos fallos, ha sostenido la tesis de que el numeral segundo del artículo 333 debe entenderse en un sentido meramente formal; para que esta excepción prospere como dilatoria es necesario que ataque la personería adjetiva, como cuando una persona es demandada a nombre de otra de quien no es su legítima representante. Mas cuando se trata de saber si una persona es o no la obligada a responder por determinados hechos, como en el caso de autos, es cuestión de fondo que debe resolverse en el fallo mismo y que, por lo tanto, no cabe presentar la excepción como dilatoria.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— **confirma** la providencia recurrida.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock — Ramón Miranda—Eleuterio Serna. Nicolás Llinás P., Srio. en ppdad.

INCIDENTES DE EXCEPCIONES

Según el artículo 737 del c. j., los hechos en que se apoya una demanda en juicio ordinario, se deben expresar debidamente clasificados y numerados. De esta suerte, en la clasificación que se haga de una demanda, pueden agruparse diferentes cosas que permiten considerarse como pertinentes al mismo hecho, aun cuando en verdad dicha clasificación, en la mayor de las veces, abarca y contiene varios hechos y afirmaciones atañaderos al hecho principal. El artículo 737 del c. j. no expresa, en forma terminante, que los hechos deben indicarse separadamente uno de otro, es decir, que en la clasificación y numeración del hecho, estén excluídos otros puntos o afirmaciones que contengan otros hechos, aunque se relacionen con el hecho principal. Lo que acontece es que el hecho se presenta rodeado de todo aquello que se relaciona con él y de ahí que en su clasificación se haga la historia completa de lo que lo configura.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna P.)

En el juicio ordinario promovido por la Nación contra el Banco Francés e Italiano, para la América del Sud, y contra el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra y el señor Daniel Camacho, en su calidad de representante de la sucesión de Eustasio de la Torre Sánchez, el último de los demandados propuso las excepciones dilatorias de inepta demanda y cosa juzgada.

El incidente respectivo fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá así: "Por lo expuesto, el Tribunal, en Sala de Decisión, declara no probadas las excepciones dilatorias de "inepta demanda" y "cosa juzgada", propuestas por el demandado señor Daniel Camacho en escrito de 26 de agosto último, en este juicio.

En consecuencia, conteste el demandado señor Camacho la demanda dentro de dos días.

No se hace condenación en costas".

De la decisión anterior se apeló, y en la Sala de Negocios Generales de la Corte se imprimió al asunto la tramitación de rigor hasta ponerlo en estado de la resolución de segundo grado.

La ineptitud se hace consistir en que la demanda no hizo la separación de hechos en la forma indicada en el artículo 737 del C. J., y en la comisión de errores gramaticales en el libelo. En efecto, se asevera que en el punto segundo de la parte histórica se agrupan dos hechos: la orden de pago a favor de los ejecutantes y la intimación de ella al señor Camacho. Respecto del punto cuarto, dice el excepcionante, que allí se agrupan dos hechos y en relación con el quinto, tres, sin que exprese detalladamente cuál es la agrupación indebida.

Refutando estos reparos, el Tribunal razona así:

"El artículo 737 del C. J. dispone que "la demanda en juicio ordinario, fuera de las indicaciones que, en general, ordena el artículo 205, debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen y expresar los hechos en que ellas se apoyan, **debidamente clasificados y numerados**".

En consecuencia con lo que establece este artículo, los hechos en que se apoya una demanda en juicio ordinario, se deben expresar debidamente clasificados y numerados.

Clasificar, según el diccionario de la lengua, significa "ordenar o disponer por clases", y clase, en uno de sus significados, es "lo común o idéntico en diferentes cosas que permiten considerarlas como pertenecientes a una misma especie".

De esta suerte, en la clasificación que se haga de un hecho de la demanda, pueden agruparse diferentes cosas que permitan considerarse como pertinentes al mismo hecho, aun cuando en verdad dicha clasificación, en la mayor de las veces, abarca y contiene varios hechos y afirmaciones atañaderos al hecho principal.

El artículo 737 del C. J., no expresa, en forma terminante, que los hechos deben indicarse separadamente uno de otro, es decir, que en la clasificación y numeración del hecho, estén excluídos otros puntos o afirmaciones que contengan otros hechos, aunque se relacionen con el hecho principal. Lo que acontece es que el hecho se presenta rodeado de todo aquello que se relaciona con él y de ahí que en su clasificación se haga la historia completa de lo que lo configura.

En el presente caso, el Tribunal encuentra que en la clasificación y numeración de los hechos que se hacen en la anterior demanda, hay claridad y precisión, aunque haya falta de técnica en la forma como están expresados".

Ciertamente, en el fundamento histórico de una demanda, a veces se agrupan hechos como pertinentes al hecho principal y que son circunstancias o conclusiones lógicas de él. En tal evento, no puede decirse, con evidencia objetiva, que se vislumbra un verdadero desorden en el libelo. Por eso dijo, en una providencia, la Sala de Negocios Generales:

"Es verdad que podría argumentarse que es cuestión enteramente subjetiva la consideración de si un asunto, formulado bajo un solo aparte, contiene un solo hecho o varios; pero la discusión apenas sería aceptable cuando la presentación de este asunto no contradiga la evidencia objetiva que se impone a toda mente sana que procede con razón lógica".

Aplicando este criterio, la Sala no encuentra desorden que pueda generar la excepción.

Respecto de los errores gramaticales que se señalan, pero que no afectan la claridad del libelo, la Sala. de acuerdo con el fallo de primera instancia, estima que la misión de los jueces no es la del crítico literario ni la del gramático que con mirada zahorí anda husmeando cualquier violación de las normas del idioma.

Cosa juzgada. — El excepcionante la fundamenta así:

Que el abogado síndico del impuesto de sucesiones y donaciones, en el juicio ejecutivo a que se refiere la demanda, solicitó se invalidara la actuación, por no haberse dado cumplimiento al artículo 79 de la ley 63 de 1936; que esta misma finalidad persiguen las peticiones de la actual demanda; que el Juzgado Sexto del Circuito de Bogotá, al decidir una articulación, declaró en auto de primero de octubre de 1941, que no era el caso de acceder a la nulidad impetrada, y que dicho auto está ejecutoriado Como soporte jurídico principal de la excepción, se menciona el artículo 467 del C. J.

El Tribunal rebate de este modo la argumentación de la parte excepcionante:

"Se ha sostenido por el Tribunal, en múltiples casos, que los simples incidentes sobre nulidades procedimentales que se fallan dentro de juicio, no producen el efecto de cosa juzgada, pues tales fallos no tienen fuerza de sentencia y el punto puede ser debatido en otro juicio.

Está establecido en este incidente, que el señor Síndico Recaudador del impuesto de sucesiones intervino en el juicio ejecutivo arriba mencionado, demandando la nulidad de la actuación por no haberse dado aplicación al artículo 79 de la ley 63 de 1936, lo que hizo cuando el expediente se encontraba en el Tribunal en recurso de alzada; el señor Juez del conocimiento tramitó la articulación del caso y la decidió en sentido desfavorable al articulante. A eso redujo, según parece, su intervención en ese negocio.

Hoy la Nación, por medio de apoderado, ha instaurado la anterior demanda ordinaria contra todos los que fueron parte dentro del citado juicio ejecutivo. para que se declare nula la actuación en él adelantada, por haberse dejado de dar aplicación al artículo 79 de la ley 63 de 1936, con lo cual se dice que la Nación recibió perjuicios".

En el cuaderno de pruebas del excepcionante (fs. 4) existe la copia que en seguida se transcribe:

"Juzgado 6º Civil del Circuito. — Bogotá, octubre 1º de 1941.

Por lo expuesto, el Juzgado no accede a decretar la nulidad solicitada".

El auto anterior está ejecutoriado como se desprende de las constancias procesales.

No aparece copia de la motivación del proveído, y aunque lo esencial para la cuestión de la cosa juzgada es la parte resolutiva, con todo, a veces la motivación guarda tal intimidad con la resolución, que es necesario el conocimiento de aquélla para saber si hubo o no sentencia definitiva sobre lo principal de un pleito. Además, el auto copiado no encaja dentro del artículo 467 del C. J., porque él no puso término a la instancia ni hizo imposible la continuación del juicio; por otra parte, un auto interlocutorio ejecutoriado, puede ser definitivo dentro del juicio, y por preclusión, puede impedir que allí mismo vuelva a proponer y resolver la misma cuestión; pero como lo dijo la Sala de Casación "carece de la autoridad irrefragable de cosa juzgada, porque no fue ni podía ser ese auto la sentencia firme dada en el litigio". (G. J., tomo 45, pág. 478).

Ya la Sala de Negocios Generales, en providencia de 17 de marzo de 1936, trató el problema en que insisten los excepcionantes. Se transcriben algunos apartes de ella:

"Con efecto: reza el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil: "Los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio". La providencia del Tribunal que declaró el pago efectivo hecho por el Departamento, extinguió automáticamente la acción e hizo imposible la prosecución del juicio. Fue una sentencia, habida consideración no de la forma sino de la fuerza de

que estaba dotada. Ahora bien: teniendo la calidad de sentencia, podía estar sujeta su validez a debate posterior o engendraba por sí misma y para siempre la excepción de cosa juzgada? El artículo 473 de la misma obra establece: "La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absoltuamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".

Preceptúa algo la ley para el caso que se contempla, o guarda silencio? Dice el artículo 1030, ibídem: 'La sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y en consecuencia, puede revisarse por la vía ordinaria". Cuál fue la intención del legislador al consagrar el principio transcrito, o mejor cuál es el alcance natural y obvio que el Juez debe otorgarle al texto?

Como con todo acierto lo expone el Tribunal y la Corte lo prohija, puedsn presentarse en el juicio ejecutivo dos situaciones procedimentales distintas: o el ejecutado no discute la existencia de la obligación, o entra a hacerlo en todo o en parte mediante el procedimiento de excepciones. En el primer caso nuestra legislación procesal da el nombre de sentencia a la resolución que ordena rematar los bienes embargados y pagar con su precio el crédito. En el segundo, el fallo decide sobre lo principal del juicio, esto es, sobre la existencia misma de la obligación materia de él, y merece con más propiedad el nombre de sentencia. Sería contrario a toda lógica procedimental el que un auto interlocutorio por el cual se finaliza un proceso tuviera más fuerza que la sentencia definitiva que hubiera recaído a la demanda. Cierto es que la ley no ha dicho expresamente que el auto interlocutorio que declara terminado por pago el juicio ejecutivo, es revisable en juicio ordinario. Pero al decir que este auto tiene fuerza de sentencia, ha querido el legislador referirse a la sentencia del respectivo juicio, y por consiguiente, a la sentencia de excepciones en el caso de que se trata. Luego si ésta no genera cosa juzga en juicio ordinario, tampoco podrá generarla el auto que debe producir los mismos efectos de la sentencia de excepciones".

La transcrita doctrina es aplicable con más convicción al caso actual en que se cuestiona si un simple auto interlocutorio que denegó una nulidad produce efectos de cosa juzgada.

En virtud de lo discutido, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — CONFIRMA la providencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

NO SE REPONE LA ANTERIOR PROVIDENCIA

La cosa juzgada en nuestra legislación está tomada en sentido substancial y formal, de suerte que cualquier resolución judicial, aunque formalmente haya decidido con carácter definitivo o ejecutorio, no es cosa juzgada en la legislación positiva, aunque hay quienes confunden estos dos fenómenos jurídicos. La decisión incidental también produce preclusión, pero no debe confundirse esta figura con la de cosa juzgada.

A no tener el juzgador una valla insalvable de disposiciones legales, podría quizás idear una jurisprudencia autónoma, pensando que, resuelta una cuestión incidental, aun en procedimiento muy sumario, podrían tenerse en cuenta principios básicos de la cosa juzgada, como lo sería el interés general en que no se renueve ningún litigio y el de que nadie pueda ser molestado más de una vez por una misma causa.

Empero, la Justicia tiene que pensar que ella se mueve en frente de jure-condito y no de jure-condendo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto 18 de 1945.

Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.

El distinguido abogado doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, en importante memorial, solicita una determinación rectificatoria del auto de 21 de junio último para que se siente doctrina sobre la materia, pues en el incidente de excepciones dilatorias sólo tiene, según su afirmación, un interés doctrinal, ya que él fue miembro de la comisión redactora del código judicial.

En cuanto a la excepción de inepta demanda, manifiesta no insistir y acoger el criterio que llevó a la Sala a "no ver desorden que pueda generar la excepción".

Su solicitud sobre reconsideración se contrae a la excepción de cosa juzgada.

Se pronuncia así al respecto:

"Acogéis la tesis que el Tribunal expone con estas palabras: "Se ha sostenido por el Tribunal en múltiples casos, que los simples incidentes sobre nulidades procedimentales que se fallan dentro del juicio no producen el efecto de cosa juzgada, pues tales fallos no tienen fuerza de sentencia, y el punto puede ser debatido en otro juicio".

La Sala hizo la anterior transcripción, para poner de resalto los motivos en que se basó el juzgador de primera instancia, sin que desconociese la norma consagrada en el artículo 467 del código judicial, ni avanzase concepto alguno sobre la procedencia o viabilidad de la acción anulatoria en frente de los artículos 456 y 457 de la misma obra. Solamente tuvo en cuenta que los autos interlocutorios no generan, por regla general, cosa juzgada, salvo cuando la ley establezca lo contrario.

El artículo 473 del C. J. es claro en este particular, cuando pregona: "La sentencia firma dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada..... " El 466, ibídem, enseña que las sentencias son las que "deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste....." El ordinal 2º de la misma normación apellida autos interlocutorios a los proveídos que "resuelven algún incidente del juicio". Y el 468 del mismo código denomina firme a la sentencia "cuando no debe ser consultada ni hay contra ella recurso alguno en el juicio o se han dejado pasar los términos sin interponerlo.....".

Conforme a las precedentes disposiciones, la cosa juzgada, en nuestra legislación, está tomada en sentido substancial y formal, de suerte que cualquier resolución judicial, aunque formalmente haya decidido con carácter definitivo o ejecutoria, no es cosa juzgada en la legislación positiva, aunque haya quienes confundan estos dos fenómenos jurídicos.

Sentencia definitiva y firme es, pues, aquella que resuelve la demanda o la cuestión principal del pleito; aquella que al decir de Chiovenda patentiza la voluntad de la ley en un caso concreto; aquella que una vez pronunciada, cierra el período de la impugnación en el mismo proceso o en otro ulterior.

La decisión incidental también produce preclusión, pero no debe confundirse esta figura con la de cosa juzgada.

La Sala cita nuevamente a Chiovenda, indiscutible maestro, quien, refiriéndose a la cosa juzgada, escribe:

"La solución, por el contrario, dada por el Juez o

a las cuestiones lógicas que se presentan en el proceso, que se refieren a cuestiones procesales o substanciales de hecho o de derecho, precisamente porque es simplemente preparatoria de la declaración de estimación o desestimación, no tiene la eficacia de esta última; tiene únicamente una eficacia más limitada, impuesta por exigencias de orden y seguridad en el desarrollo del proceso".

El doctor Rodríguez Piñeres admite que por regla general, los autos interlocutorios no constituyen cosa juzgada. Se expresa así en el memorial que se estudia:

"En la primera de ellas (sentencia de 28 de agosto de 1937, G. J., tomo 45, páginas 484 y 485) expresó la Corte, con sobra de razón, que el auto porque se declara inadmisible la denuncia del pleito "carece de la autoridad irrefragable de cosa juzgada" y "sólo es ejecutorio dentro del juicio". "Eso es clarísimo: aquí tiene aplicación la regla general contenida en el artículo 467 del código judicial".

"En el otro fallo (sentencia de 17 de marzo de 1936, G. J., tomo 43, páginas 684 y ss.) se trataba, no de auto relativo a la existencia de nulidad, sino de auto en que se declaraba la efectividad del pago hecho por el ejecutado; materia en que la decisión dictada en el juicio ejecutivo no es ni puede ser definitiva, dado el artículo 1030 del código judicial aplicable a ese caso".

Todavía es más explícito el valor doctrinal que fluye del siguiente párrafo de la comisión redactora de dicho código:

"Los principios sobre la cosa juzgada son objeto de los artículos 473 a 478. Sólo las sentencias firmes en materia contenciosa producen la excepción así llamada, porque si bien todas las resoluciones judiciales de cualquier clase que sean, como órdenes emanadas de la autoridad, deben ser obedecidas y ejecutadas, cuando se habla de la cosa juzgada lo que se quiere significar es que una vez fallada definitivamente una controversia no puede llevarse de nuevo ante los Tribunales de justicia, efecto que por lo mismo no puede atribuírse a las resoluciones simplemente de sustanciación o interlocutorias, ni tampoco a las que recaen en asuntos de jurisdicción voluntaria.

"Cumplida esa condición, no importa que los trámites mediante los cuales se ha llegado a la solución definitiva del litigio, sean los del juicio ordinario o los de uno especial".

El mismo doctor Rodríguez en el memorial de que se trata hace esta concesión:

"Admito que según la regla general del artículo 467 del código judicial, los autos interlocutorios no tienen fuerza de cosa juzgada sino "cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio" y también admito que el auto de 1º de octubre de 1941, en que el juzgado denegó decretar la nulidad solicitada, no puso término a la instancia ni hizo imposible la continuación del juicio".

La Sala anota cómo cuando citó la sentencia de 17 de marzo de 1936, emanada de la Sala de Negocios Generales, no lo hizo para equiparar el caso de autos al contemplado en aquella providencia, sino como un argumento corroborativo, porque le parecía absurdo que un proveído como aquel en que se declaraba la efectividad del pago no generase cosa juzgada en un ejecutivo, y una declaratoria negativa de nulidad en un juicio de la misma clase si produjera tal efecto.

En otra parte del memorial se lee: ".....la tesis mía es la de que ciertos autos, como son los relativos a la declaración de si existe nulidad procedimental o no y a si está probada o no la excepción de transacción o la de cosa juzgada que se ha opuesto como dilatoria, producen efectos definitivamente, sin que haya lugar a distinguir el proveído que resuelve el punto afirmativamente y el que lo resuelve negativamente....."

Con relación al auto en que se declara en un incidente de excepciones dilatorias, que no hay cosa juzgada, se encuentra en la reciente y bien documentada "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia" obra del connotado Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín doctor Germán Orozco Ochoa la siguiente doctrina de la Sala de Negocios Generales de la Corte:

"El fallo de las excepciones dilatorias, que desechó la excepción de cosa juzgada, no impide un segundo pronunciamiento sobre la misma cuestión, como quiera que aquel fallo, de carácter interlocutorio, no es cosa juzgada respecto de la sentencia".

"Ricci dice: 'Con relación a la cuestión principal, la interlocutoria no puede regularmente constituír cosa juzgada puesto que la resolución de la misma no puede ser prejuzgada por la del incidente..... Y todo porque la interlocutoria con relación a la cuestión principal no es más que un medio considerado válido en el estado respectivo de las cosas, para lograr su fin; de donde se infiere que si el medio no sirve, la justicia y la lógica no consienten que la verdad, fin último del debate judicial, sea sacrificada al medio dispuesto para averiguarla".

El sentido de la tesis del Tribunal preopinante no puede ser otro que el de que la decisión de un incidente sobre nulidades carece de fuerza de sentencia, y que desde ese punto de vista no hay obstáculo de cosa juzgada para un juicio posterior; pero ni allí,

ni en los conceptos de la Sala de Negocios Generales se ha dicho nada sobre la viabilidad de una acción anulatoria procedimental que se discuta en otro juicio.

No ha encarado tampoco la Sala el problema de si es procedente revisión de autos dictados en un juicio por medio de otro juicio ordinario, porque no es ese el asunto que se estudia.

El doctor Rodríguez Piñeres opina que el artículo 467 del C. J. no es aplicable a la materia que se está controvirtiendo, "desde luego que para este caso existe **la regla especial** consignada en el artículo 457 de la misma obra, y por cuanto esta regla especial prefiere a la disposición general (artículo 5º, ordinal 1º de la ley 57 de 1887)".

En otro párrafo agrega: "Por lo tanto, como el artículo 457 del código judicial no autoriza juicio ordinario cuando el punto de la nulidad ha sido resuelto, la declaración de nulidad o de no haberla habido no puede ser solicitada en juicio aparte. Si el legislador hubiera querido permitir otra cosa, la habría dicho; y como no lo ha hecho, es manifiesto que no cabe hacer la declaración de existencia o inexistencia de la nulidad en juicio ordinario; o, con otras palabras, que el auto por el cual se deniega la declaración de nulidad tiene fuerza de cosa juzgada, no en virtud del artículo 467 del Código Judicial (porque no se rige el asunto), sino en virtud de la norma especial contenida en el artículo 457 de la misma obra.

"Este punto de vista del legislador es muy acertado. Lo concerniente a la nulidad de un juicio es punto puramente procesal, y no de derecho sustantivo. Terminado el juicio cuya nulidad se alega, carecería de sentido investigar de nuevo asunto procesal tocante con juicio terminado, porque los incidentes procesales pierden todo interés una vez terminado el juicio, y no pueden — en principio — ventilarse otra vez en juicio aparte".

El artículo 457 a que se alude demuestra el loable empeño que tuvo el legislador de 1931 en encerrar en restringido círculo de hierro todo lo atañedero a nulidades procedimentales para evitar la sucesión de juicios y para aprestigiar y defender las sentencias firmes, pero en él, en forma alguna aparece que se le dé a una declaratoria sobre nulidad el carácter de cosa juzgada. En la susodicha norma se consagran acciones en vía ordinaria para alegar nulidades procedimentales.

Si la Sala, con espíritu de ligera amplitud, aceptase, en el caso ocurrente, la existencia de cosa juzgada, como una excepción dilatoria, podrá prejuzgar sobre la acción que se ha promovido en el libelo a que se contrae el incidente. La demanda a que se refiere la excepción dilatoria de que se trata tiene como razón o causa lo que dispone el artículo 79 de la ley 63 de 1936 "por la cual se organizan los impuestos de la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones". Este precepto en que se consagra una nulidad nada dice sobre la discusión en ulterior juicio ordinario, por lo cual parece lógico situar el asunto a la luz del artículo 457 del c. j.

La Sala no desconoce las argumentaciones que formula el reclamante, y si no acepta que exista cosa juzgada, deja en pie el problema fundamental para que el Tribunal, al decidir la demanda, lo resuelva, ya que se trata de esta cuestión: ¿Es procedente o no trasladar a un juicio ordinario las nulidades de un juicio ejecutivo o que puedan ocurrir o haber ocurrido conforme al artículo 79 de la ley precitada?

A no tener el juzgador una valla insalvable de disposiciones legales, podría quizás idear una jurisprudencia autónoma, pensando que, resuelta una cuestión incidental, aun en procedimiento muy sumario, podrían tenerse en cuenta principios básicos de la cosa juzgada, como lo serían el interés general en que no se renueve ningún litigio y el en que nadie pueda ser molestado más de una vez por una misma causa.

Empero la Justicia tiene que pensar que ella se mueve en frente de **jure condito** y no de **jure condendo.**

En vista de las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, RESUELVE mantener la providencia implorada.

Notifíquese, cópiese.

Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

DESPACHOS TELEGRAFICOS

La naturaleza jurídica de un mensaje telegráfico, surge al través del proceso de elaboración que ello implica. Su fuerza probante depende de la proveniencia y fidelidad del telegrama primitivo, cuya traducción ha recibido el destinatario, y ello es lo que se persigue con el reconocimiento, con la copia auténtica del original, o con una inspección ocular sobre éste.

La intervención del telegrafista ni siquiera da al mensaje carácter de copia auténtica. Podría admitirse, como lo asevera Giorgi, que la calidad de funcionario público del telegrafista puede atribuír fe pública a la copia del telegrama entregado al destinatario, pero "una fe limitada a probar que en la hora señalada llegó desde la estación remitente una serie de signos telegráficos que, descifrados, compusiesen el telegrama original y que este original es conforme a la copia entregada al destinatario, pero no atestiguar la conformidad del telegrama con el despacho y la sinceridad de la firma puesta por el remitente. Lo que quiere decir que es una fe limitada a garantir la verdad de los documentos que salen de la estación de llegada, pero no la veracidad de los que proceden de la estación de partida, ni la conformidad entre unos y otros".

El conducto regular para producir la prueba eficiente del telegrama original, no es la retención de un duplicado de él, exhibido luégo en juicio, sino el hallazgo del telegrama extendido y entregado al telegrafista por el remitente, es decir, el despacho originario, que debe reposar en la oficina de expedición o transmisora, y, en su defecto, en la Central del Ministerio.

Todo lo anterior es sólo en gracia de discusión, pues tratándose, no de ocurrir a uno de los contratantes en demanda del resarcimiento por el daño sufrido, sino contra la Nación, como responsable de los actos de sus agentes en el desempeño de un servicio público, la inoperancia es manifiesta frente a disposiciones exonerativas consignadas para el servicio de telégrafos monopolizado por el Estado. La irresponsabilidad de éste, en el monopolio de tele-comunicaciones, es un principio unánimemente aceptado por la Jurisprudencia universal.

Entre nosotros las leyes 23 de 1930, 10ª de 1933, 9ª de 1943, 110 de 1912 (Código Fiscal, Título 2º, Libro final, artículo (e.), y 198 de 1936, artículo 3º, recogen los anteriores principios sobre irresponsabilidad gubernativa en el ramo de telecomunicaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el señor Nemesio Hoyos, por medio de apoderado, promovió demanda ordinaria contra la Nación, a fin de que se la condenara a pagarle como indemnización de perjuicios, la suma de mil setecientos pesos moneda legal.

Fundamentó sus pretensiones en los hechos que a continuación se narran:

El día 25 de enero de 1942, el señor Máximo Cáceres, comerciante en café y vecino de La Palma (Cundinamarca), dirigió al señor Nemesio Hoyos a Yacopí, "un telegrama, informándole sobre el precio del café" en aquella localidad. Tal mensaje está concebido en los siguientes términos: "La Palma, enero 25 de 1942. — Nemesio. — Yacopí. — Treinticinco cincuenta. — Mascáceres". (Fs. 14, cuaderno de pruebas de la primera instancia y fs. 8 pruebas de segunda instancia).

Al verterse al alfabeto telegráfico, o al traducirse esa versión — se ignora por cuál de los empleados, según el decir del demandante, — el despacho primitivo sufrió substancial alteración, ya que en lugar de treinticinco cincuenta, apareció con la cifra de treinta y siete cincuenta.

Como consecuencia de ello, el señor Hoyos manifestó que se le había irrogado un perjuicio considerable, una vez que con base en el telegrama recibido, "invirtió la suma de tres mil quinientos cincuenta pesos ($ 3.550.00) en la compra de cien (100) cargas de café a razón de $ 35.50 cada una, en la seguridad de que la comunicación era exacta y de que el señor Cáceres, se lo compraría inmediatamente,

una vez transportado a La Palma" (fs. 17, demanda).

El señor Cáceres "se negó a recibir el café, o mejor a comprárselo a Hoyos, cuando éste le manifestó el precio de compra" (fs. 17, ibídem).

Por último, se afirma que el precio normal de la carga en esa fecha y en la citada población de Yacopí era el de $ 33.00, como se puede constatar por las declaraciones de los señores Ismael Escobar, Nacianceno Sánchez y Tiberio Alvarez (fs. 17 v., ibídem).

Para la parte jurídica del problema, se invocaron varios de los artículos contenidos en el Título 34, Libro 4º del Código Civil, sobre responsabilidad común por los delitos y culpas.

El Honorable Tribunal, en providencia de fecha once de octubre de 1943, desató la litis, negando las declaraciones impetradas, y absolviendo, en consecuencia, a la Nación, de los cargos formulados en la demanda.

Contra el fallo, el doctor Carlos A. Ciro, apoderado del demandante, interpuso el recurso de alzada, lo que originó el conocimiento de esta superioridad.

Colmadas todas las exigencias de rigor, y no hallándose motivo para invalidar lo actuado, la Corte entra al estudio correspondiente, previas las consideraciones que se exponen a continuación:

Cita el actor las disposiciones concernientes a la culpa aquiliana, provenientes de fallos y deficiencias de un servicio público en que se apunta negligencia de alguno o algunos empleados.

Aunque la demanda va encaminada a una responsabilidad extracontractual, sus hechos básicos permiten una interpretación que da asidero para considerar que en ella se invocan una culpa y daños originados en un contrato de adhesión en que el Estado presta un servicio y el usuario paga una tasa.

Cualquiera que sea el extremo en que el fallador se coloque, ora estime que se trate de una responsabilidad extracontractual o de una contraactual, siempre es preciso estudiar estas dos cuestiones fundamentales: el hecho culposo y la existencia cierta de los perjuicios.

La culpa. Se hace consistir en la transmisión o recepción del telegrama introducido por Maxcáceres en La Palma; en la mutación realizada frente al mensaje primitivo, el cual contenía, según afirmación del actor, la expresión de "treinticinco cincuenta", mientras que el telegrama recibido por el señor Hoyos en Yacopí ostentaba la de "treintisiete cincuenta".

Para acreditar todo esto, se trajo a los autos copia del telegrama, o, con más propiedad, el duplicado del que se dice introdujo Mascáceres en La Palma (véanse fs. 14 del cuaderno de pruebas ante el Tribunal y fs. 8 del cuaderno de pruebas en esta instancia).

Tal mensaje (el duplicado) lo reconoció el señor Máximo Cáceres, en declaración rendida el 15 de julio de 1944 ante el Juez Municipal de La Palma (fs. 10 y 10 v., pruebas del actor ante la Corte). Allí se afirmó: "La copia de este telegrama que se me pone en este momento a la vista es copia exacta del que le dirigí a Nemesio Hoyos a Yacopí el 25 de enero de 1942". Además, el cuestionado documento fue objeto de un reconocimiento por parte de la señorita Emperatriz Carrillo Castro, telegrafista de La Palma, quien dijo lo siguiente: ".....el sello que lleva la copia del telegrama que se me pone a la vista, es el sello auténtico de esta oficina, el que se usa para autenticar esta clase de copias". De otro lado, en diligencia practicada en la susodicha oficina por el señor Juez Municipal de la localidad, en presencia del libro de "Registro diario de telegramas", sólo se halló la siguiente constancia: "día 25 enero. Hora 9. Número 10. Palabras 5. Valor 15. Nombre, Nemesio. Ciudad, Yacopí. Firma, Mascáceres" (fs. 16 v., cuaderno de pruebas del demandante ante el Tribunal).

Se acompañó, igualmente, el original recibido por el señor Nemesio Hoyos en Yacopí y que fue objeto, también, de reconocimiento, ante el Juez Municipal del expresado lugar, por parte de la señora Julia Valero González, telegrafista, quien dice que es auténtica la firma del empleado receptor, Camacho, que allí aparece y que el sello que ostenta "es el mismo que se usaba en la oficina en los años de 1940 a 1942 y el mismo que se usa actualmente". Sobre dicho telegrama, cuyo texto es: "La Palma 25 enero de 1942. Nemesio Yacopí. Treintisiete cincuenta. Maxcáceres", deponen Fideligno Bernal (fs. 3, cuaderno principal), Federico Vega (fs. 4, ibídem), Fernando Linares (fs. 5, ibídem) y Alejandrino Avila (fs. 5 v., ibídem), todos los cuales se ratifican durante el término probatorio surtido en la primera instancia (fs. 9, 9 v., 8 y 10 v., respectivamente, cuaderno de pruebas ante el Tribunal).

Con sobrada razón, el Tribunal, se pronuncia contra estas piezas en los términos siguientes:

"Estos documentos, en concepto del Tribunal no son suficientes para demostrar el error o equivocación en la transmisión del telegrama. Podrían serlo si la copia en cuestión tuviera el carácter de auténtica por haber sido expedida por funcionario competente y sobre los originales o archivos respectivos de las oficinas de La Palma, o de la Central

del Ministerio. Pero la copia producida no tiene ese origen, y si bien es cierto que tiene el sello de la oficina de La Palma que según la empleada de la misma es el de la oficina y "el que se usa para autenticar esta clase de copias", tal circunstancia no acredita su fidelidad con el original que se transmitió (fs. 36-37 v., cuaderno principal).

Cobra mayor importancia lo precedentemente transcrito, en presencia del certificado emanado del Ministerio de Correos y Telégrafos, o de Comunicaciones, — Departamento de Telégrafos y Teléfonos (obrante a fs. 4 y 4 v. del cuaderno de pruebas ante la Corte). Allí se consigna cómo "de los mensajes telegráficos **recibidos,** únicamente queda en la oficina receptora la constancia de la fecha, número de orden y palabras, nombres de introductor y destinatario y demás datos, pero no queda copia de los mensajes, y, en cambio, de los **transmitidos,** "si queda el original y en consecuencia es posible expedir las copias que se soliciten" (fs. 4, cuaderno de pruebas del actor ante la Corte).

La naturaleza jurídica de un mensaje telegráfico surge al través del proceso de elaboración que ello implica. La Sala transcribe la opinión siguiente del insigne tratadista Jorge Giorgi ("Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno"):

"El remitente entra en la oficina telegráfica y halla allí, como es sabido, impresos, dispuestos para trasmitir el despacho original. Se pone a extenderlo, y una vez hecho lo entrega al telegrafista. Si se afirmase que este documento es un autógrafo del remitente, de eficacia igual a la carta misiva, no habría yerro; ¿pero acaso es este documento el que irá a manos del destinatario? No. No pasará mucho tiempo y el telegrafista enviará el despacho original al archivo de la Dirección; entre tanto, se acerca al aparato de transmisión y traduce las palabras del despacho a los signos del alfabeto telegráfico. Un poder mágico, rompiendo las leyes del tiempo y del espacio, transporta aquellos signos mil leguas más allá hasta la estación de destino. Presente allí otro funcionario, recíbelos en la cinta de papel destinada al efecto, los interpreta y traduce de nuevo al lenguaje corriente. El telegrama está hecho. Sólo falta llevarlo a noticia del destinatario; para lo cual, el telegrafista lo copia en otro impreso, autentica su correspondencia con el original y lo expide al destinatario.

"Qué es pues lo que va a pasar a manos de éste? Una copia del telegrama llegado a la estación receptora; es decir, una copia de la traducción del despacho original trasportado por el hilo eléctrico".

La fuerza probante de ese documento depende de la proveniencia y fidelidad del telegrama primitivo, cuya traducción ha recibido el destinatario, y ello es lo que se persigue con el reconocimiento, con la copia auténtica del original, o con una inspección ocular sobre éste.

La intervención del telegrafista ni siquiera da al mensaje carácter de copia auténtica. Podría admitirse, como lo asevera Giorgi, que la calidad de funcionario público del telegrafista puede atribuír fe pública a la copia del telegrama entregado al destinatario, pero "una fe limitada a probar que en la hora señalada llegó desde la estación remitente una serie de signos telegráficos, que, descifrados, compusiesen el telegrama original y que este original es conforme a la copia entregada al destinatario, pero no atestiguar la conformidad del telegrama con el despacho y la sinceridad de la firma puesta por el remitente. Lo que quiere decir que es una fe limitada a garantir la verdad de los documentos que salen de la estación de llegada, pero no la veracidad de los que proceden de la estación de partida, ni la conformidad entre unos y otros".

El conducto regular para producir la prueba eficiente del telegrama original, no es la retención de un duplicado de él, exhibido luégo en juicio, sino el hallazgo del telegrama extendido y entregado al telegrafista por el remitente, es decir, el despacho originario, que debe reposar — la certificación del Ministerio es bien explícita al respecto — en la oficina de expedición o transmisora, y en su defecto, en la central del Ministerio, como lo expresó el Tribunal.

Si en el caso de autos se trató de llenar tal exigencia (pruebas del actor ante el Tribunal, fs. 16 v.), debieron agotarse los recursos y hacerse la solicitud respectiva al Ministerio del ramo. Más indispensable resulta esto, habida consideración a que el camino expedito lo dejó el Tribunal, en el fallo recurrido, al desechar terminantemente la prueba, para que se completase, en toda su eficacia, en la segunda instancia, lo cual no se verificó.

Lo anterior es sólo en gracia de discusión, pues tratándose, no de ocurrir a uno de los contratantes en demanda del resarcimiento por el daño sufrido, sino contra la Nación, como responsable de los actos de sus agentes en el desempeño de un servicio público, la inoperancia es manifiesta frente a disposiciones exonerativas consignadas para el servicio de telégrafos monopolizado por el Estado. La irresponsabilidad de éste, en el monopolio de telecomunicaciones es un principio unánimemente aceptado por la jurisprudencia universal. Dice Giorgi en su renombrada obra: "En vano Meil censura esta regla considerándola como una aberración que debe corregirse, y queriendo someter a la administra-

ción, en cuanto a la expedición y entrega de los telegramas, a la responsabilidad común nacida del **Receptum.** En vano Reyscher y otros recomiendan que se someta a los gobiernos a una responsabilidad limitada, mediante el pago de una tasa de seguro. En vano el delegado francés de la conferencia de Roma propuso que se crearan telegramas garantizados mediante derechos más altos. Serán opiniones discutibles en el ambiente sereno de la ciencia; proposiciones que quizás se acepten con el tiempo, pero en la actualidad la irresponsabilidad de la administración telegráfica gubernativa, está reconocida en el derecho internacional".

En lo tocante a nuestro país, existen las siguientes prescripciones:

Por la ley 23 de 1930 se aprobó la Convención Internacional Telegráfica de San Petersburgo, celebrada en 1875, con las revisiones hechas por las conferencias reunidas en París en 1925, y en Bruselas, en 1928.

La norma contenida en la conferencia de San Petersburgo, atinente a exoneración, fue exactamente reproducida en el artículo 23 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones, suscrito en Madrid en 1932, y cuyo tenor es el siguiente: "Los Gobiernos contratantes declaran no aceptar ninguna responsabilidad respecto de los usuarios del servicio internacional de telecomunicaciones". La anterior convención fue aprobada por la ley 10 de 1933.

Posteriormente se operó una revisión en 1938, en El Cairo, que fue acogida por la ley 9ª de 1943.

Por otra parte, la ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional), Título 2º, Libro final, artículo e), dispone: "Mientras no se expida por el Congreso un Código Postal o Telegráfico, o se den nuevas leyes o decretos que modifiquen la actual recopilación que lleva ese nombre, seguirán rigiendo las disposiciones contenidas en ella, en cuanto no sean contrarias a la Constitución y a las disposiciones de este Código".

La recopilación que actualmente lleva el nombre de Código Postal y Telegráfico dispone en la "Parte Tercera" — ramo de telégrafos — artículo 3º, lo que se reproduce a continuación:

"El Gobierno reconoce a todos los habitantes del territorio colombiano el derecho de corresponderse por medio de los telégrafos nacionales, y tomará todas las medidas necesarias para asegurar el secreto de la correspondencia y su pronta expedición; pero no asume responsabilidad alguna con respecto al servicio telegráfico".

Lo transcrito aparece corroborado en la disposición contenida en el artículo 2º del Decreto Ejecutivo número 1277, de 28 de julio de 1926, donde se repite, casi textualmente, el supracitado artículo del Código Postal y Telegráfico.

Finalmente, la ley 198 de 1936, artículo 3º, confiere eficacia en Colombia, una vez más, tanto en lo interno como en lo externo, a las convenciones o acuerdos internacionales celebrados o que se celebren. El texto es como sigue: "Los servicios a que se refiere el artículo primero se subordinan, en lo internacional, a las disposiciones de la Unión Internacional de las telecomunicaciones, y a los convenios o acuerdos celebrados o que se celebren. En lo interno a las disposiciones contenidas en leyes especiales y a los reglamentos del gobierno concordantes con éstas, sin perjuicio de aplicar también, en cuanto sean compatibles con la ley, las disposiciones internacionales".

Esta prolija concatenación doctrinaria tendiente a erigir en principio la irresponsabilidad gubernativa en el ramo de telecomunicaciones, es sólo una lógica consecuencia que pone al Estado a salvo de los inevitables yerros en que incurren "aun los más hábiles operarios", como lo dice el señor Fiscal en su alegato de bien probado, y que hacen insuficientes hasta las más minuciosas medidas de precautela que se tomen al respecto.

"No ha faltado — afirma el tratadista Giorgi — quien vea una grave imprudencia en el hecho de elegir el telégrafo para contratar con personas lejanas, por ser muy fáciles las equivocaciones e insuficientes las precauciones preventivas que hacen que tal modo de contratar no pueda usarse prudentemente en los contratos de alguna importancia. Sobre esta base, acusan al remitente de **culpa in eligendo,** poniendo a su cuenta y riesgo todas las alteraciones del despacho, todos los errores de la transmisión". Semejante principio tan rígido ha sido rechazado, pero sí relieva cuánta es la facilidad de incurrir en alteraciones o yerros en la transmisión o recepción de despachos telegráficos.

En consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que la inexistencia de la culpa de la Nación es manifiesta y que dentro de su admisibilidad, en gracia de discusión, resultaría inoperante en el caso ocurrente.

Daño causado. Esta fas del problema fue analizada ampliamente por el Tribunal en los párrafos que van a transcribirse:

"Ni de la misma relación de los hechos en que se apoya la demanda, ni de los elementos de prueba allegados al proceso, resulta establecido de manera cierta el hecho del negocio que se pone como función de los perjuicios suplicados. En efecto:

'Por declaración expresa contenida en la demanda (punto tercero de los hechos) resulta que la com-

pra que hizo el señor Hoyos de las cien cargas de café, fue en la **seguridad** de que el señor Cáceres se la compraría inmediatamente llegaran a La Palma, pero no en virtud de una oferta de compra que se hiciera formalmente, o de algún convenio, ya que no se señaló tal circunstancia, y el señor Cáceres en su declaración sólo habla de que Hoyos "le denunció" doscientos bultos de café, pero sin determinar que esa denuncia fue aceptada por él, y si se convino o no en el precio, de modo que el contrato pudiera reputarse celebrado.

Tampoco se deduce la existencia de tal negocio pero ni aún de una solicitud de compra, del telegrama que el señor Cáceres dirigió a Hoyos. El telegrama en cuestión — que es lo mismo que se señala como causante del error en que incurrió el demandante — sólo contiene esto: "Nemesio. Yacopí. Treintisiete cincuenta. Maxcáceres" (fs. 36-35 v., cuaderno principal).

De la demanda que sirve de motivo a este debate judicial no se desprende la existencia del convenio cuya no realización originó los perjuicios que se reclaman.

En efecto, en el hecho tercero del libelo se dice: "El señor Hoyos, basado en la comunicación recibida, invirtió la suma de tres mil quinientos cincuenta pesos ($ 3.550) en la compra de cien (100) cargas de café a razón de $ 35.50, cada una, en la seguridad de que la comunicación era exacta y que el señor Cáceres se lo compraría inmediatamente una vez transportado a La Palma" (fs. 17 del cuaderno principal).

En el hecho quinto se alude a lo anterior cuando en él se asevera que Hoyos compró el café al precio de $ 35.50 y de conformidad con la comunicación telegráfica.

Todavía es más explícito el hecho séptimo, cuando dice: "Por el error en la comunicación, el señor Hoyos tuvo la siguiente pérdida....."

Con un criterio de la mayor amplitud podrían interpretarse los hechos del libelo como expresivos del negocio a que se ha aludido. Desde este punto de vista precisa entonces averiguar si existe sobre dicho asunto una prueba completa.

En esta segunda instancia obran las declaraciones de los señores Federico Vega, Fideligno Bernal y Fernando Linares, quienes se hallan contestes al afirmar sobre las negociaciones que normalmente se verificaban entre Hoyos y Cáceres. Dichas declaraciones conspiran todas a demostrar un mismo hecho, o sea dependen de un mismo argumento al tenor del artículo 667 del Código Judicial, por lo cual no constituyen sino un indicio.

De la declaración de Máximo Cáceres, sobre el negocio de que se ha hablado, sólo podría sacarse un indicio.

Estos dos indicios no forman una convicción legal suficientemente plena.

Por otra parte, la sola inversión no entraña perjuicio, lo que vale tanto como afirmar un perjuicio hipotético, no real: se puede invertir una suma de dinero, y antes que sufrirse pérdida, derivarse ganancia.

El almacenamiento del grano, en la cantidad que relata el demandante, revela o imprudencia o bien, previsión, en espera de una oportunidad para mejor operación.

Además, no es explicable que el actor hubiera pagado a razón de treinta y cinco cincuenta la carga cuando, como el mismo lo afirmó, el precio normal de ella en Yacopí, durante los días 24, 25, 26 y 27 del mes de enero de 1942, era de $ 33 00.

En consecuencia, no existe, tampoco, como lo dedujo el Tribunal, prueba plena de un daño cierto y real.

El nexo que cierra el ciclo de las condiciones que conducen a la reparación no puede existir en el sublite, ya que las premisas de daño y culpa no se acreditaron.

En virtud de lo discutido, 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 recurrida.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán. —Germán Alvarado. — Ramón Miranda. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

TACHA DE TESTIGOS — TERMINO LEGAL PARA SU COMPROBACION

Como lo dijo el Tribunal, y esta apreciación la hace suya la Corte, los hechos que constituyen la tacha han de ser probados oportunamente, y esa oportunidad no puede estar sino en el correspondiente estado probatorio del respectivo juicio, conforme con la aplicación que se da en el auto del Tribunal a los artículos 709 y 673 del Código Judicial. No vale argüir que los incidentes pueden proponerse hasta antes de la citación para sentencia (artículo 394, C. J.), o hasta antes del fallo, según la clase del juicio, porque esta disposición no establece un término que siempre haya de cumplirse, sino que consagra una limitación general, que no se puede sobrepasar, pero que no impide que en determinados casos, por ejemplo en el de la tacha de peritos, el término sea menor. El Tribunal considera y la Corte también, que la comprobación de los hechos constitutivos de tacha, como prueba que es, debe hacerse en el término probatorio del juicio, apreciación a la cual no se opone la regla generalísima aducida por el artículo 394, pues el silencio del Código en el particular autoriza a estimar, con base en los principios que informan la prueba que la correspondiente a la tacha debe recibirse en el término probatorio del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco.

Dentro del juicio posesorio (despojo) promovido por el gerente de "Hacienda Real, S. A." contra la Nación, el señor Fiscal pidió que se recibiera declaración a Leopoldo Uribe M., Alberto Carvajal, Guillermo Aparicio, Ignacio Madriñán y Ricaurte Conde y el demandante propuso un incidente de tacha fundándose en que los testigos mencionados "son propietarios de fincas atravezadas o bañadas por el zanjón 'Malimbú' o por sus derivaciones, situadas más abajo de los predios correspondientes a "Hacienda Real" y que por lo tanto, ellos tienen interés en que los fundos superiores, riberanos del zanjón o de sus derivaciones, capten en dicha corriente la menor cantidad de agua posible....."

El Tribunal resolvió que no había lugar a darle curso al incidente, en providencia que fue reclamada y confirmada a su vez por otra posterior en la que la ley no autoriza el trámite de articulaciones para resolver sobre tacha de testigos.

El señor Procurador al descorrer el traslado que se le dio manifiesta su desacuerdo con la providencia del Tribunal en cuanto ella afirma que la tacha de testigos no es materia de incidentes que se tramiten como articulación pero advierte que el término para presentarla no es indefinido sino que debe ser el mismo que cada parte tiene para presentar pruebas relacionadas con las de su opositor.

También observó el señor Procurador que debe darse cumplimiento al artículo 394 que obliga a los jueces a desechar de plano los incidentes que no procedan según el caso, conforme a la ley, cuando se promuevan por la misma causa después de haber sido recibidos en otra ocasión.

Por su parte, el apoderado del recurrente considera que al admitirse la tacha como un incidente, lógicamente se ha de admitir también que éste tiene el término probatorio especial de toda articulación, que no está comprendido dentro del general del juicio, puesto que los períodos probatorios podrían no coincidir. También invoca el artículo 374 que establece la no recepción de incidentes una vez citadas las partes para sentencia, para deducir que, antes de la citada formalidad, o cuando ella no debe cumplirse en el juicio, pueden proponerse incidentes en cualquier tiempo anterior a la providenfcia que le pone término al juicio.

Sin entrar a considerar todos los aspectos contemplados por las partes y en el auto que se revisa, por no ser ello necesario, ha de concretarse a lo observado por el Tribunal en el segundo de los pasajes que en seguida se reproducen, tomados de su providencia: "Está de acuerdo también el Tribunal con el recurrente, en el sentido de que la tacha debe proponerse aun después de rendida la declaración por el testigo, ya que la ley no dice en qué momento procesal ha de alegarse aquella, y ya que ella ha de ser considerada al hacer la estimación legal de las pruebas. No sucede lo mismo en lo que se refiere a la comprobación de los hechos que cons-

tituyen la tacha. Ellos han de ser probados oportunamente, y esa oportunidad no puede estar sino en el correspondiente estado probatorio del respectivo juicio, conforme con la aplicación que se da en este auto a los artículos 709 y 673 del Código Judicial".

El Tribunal se refiere a la inoportunidad de la comprobación probatoria, la que no puede estar, según apreciación suya que comparte esta Sala de la Corte, sino en el correspondiente término de prueba del respectivo juicio. Como el memorial de tacha "fue traído a los autos — como lo anota el Tribunal — el 26 de octubre, fecha en que ya habían vencido los seis días en que se había ampliado el término probatorio, según auto de 29 de septiembre, de fojas 10, del cuaderno 3º, ya había expirado el lapso en que dentro del juicio respectivo podían allegarse pruebas, lo obliga a no darle entrada a la que se pretende como medio probatorio ordenado a restarle eficacia a unos testimonios pedidos por la contraparte.

Y no vale argüír, como lo hace el apoderado del recurrente, que los incidentes pueden proponerse hasta antes de la citación para sentencia (artículo 394, C. J.), o hasta antes del fallo, según la clase de juicio, porque esta disposición no establece un término que siempre haya de cumplirse, sino que consagra una limitación general, que no se puede sobrepasar, pero que no impide que en determinados casos, por ejemplo en el de la tacha de peritos, el término sea menor. El Tribunal considera y la Corte también que la comprobación de los hechos constitutivos de tacha, como prueba que es, debe hacerse en el término probatorio del juicio, apreciación a la cual no se opone la regla generalísima aducida por el artículo 394, pues el silencio del Código en el particular autoriza a estimar, con base en los principios que informan la prueba que la correspondiente a la tacha debe recibirse en el término probatorio del juicio.

En otro auto del Tribunal, que es también objeto del presente recurso, fechado el 20 de octubre de 1942, el Tribunal resolvió no acceder a agregar al juicio unas fotografías que presentó el señor Fiscal, relacionadas, según afirma, con observaciones hechas sobre el terreno en una inspección ocular practicada con el alcalde municipal de Palmira con intervención de peritos. El propio Tribunal, en auto de 25 de noviembre siguiente, resolvió mantener su providencia anterior, porque, — dijo — "debe tenerse en cuenta que el asunto está resuelto por una providencia que está ejecutoriada". De esta última decisión conoce también ahora la Corte en recurso de alzada.

Como el señor Procurador Delegado en lo Civil lo observa acertadamente la providencia del Tribunal debe confirmarse "porque la decisión en él tomada es la misma del auto de 20 de octubre que el señor Fiscal dejó convertir en ley del proceso, por no haber interpuesto recurso alguno dentro de los tres días siguientes a su notificación".

Las razones precedentes llevan a la Sala a la conclusión de que deben confirmarse, como en efecto confirma, las providencias mencionadas que fueron materia de la apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado C. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO

El artículo 17 de la ley 200 de 1936, a la que se acogen los actores, prescribe una tramitación sumarísima en el caso de cualquiera ocupación de hecho, lo que vale tanto como decir, operada sin causa justificativa. Supone en el presunto usurpador una ocupación arbitraria e inmotivada. Las transcripciones que anteceden, patentizan cómo la ocupación de hecho se ha concretado únicamente a los yacimientos de yeso. En tales circunstancias, la Ley de Tierras no es aplicable. En efecto, el artículo 5º de la Ley 200 de 1936 está concebido así: "Las disposiciones de la presente ley se refiesen exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación alguna respecto del subsuelo".

Sin este artículo se hubieran presentado quizás serias dificultades de interpretación de la Ley de Tierras; pero ellas han quedado desvanecidas con la norma transcrita. El deslinde era necesario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 31 de marzo de 1944, el doctor Lisandro E. Carvajal, apoderado debidamente por Juan de la Rosa Ramírez Naranjo, Patricia, Ramona, María de la Luz y Segunda, todas del mismo apellido, presentó demanda de lanzamiento por ocupación de hecho, contra la Nación y Miguel Santamaría Caro.

Los hechos que sirvieron de fundamento a su libelo, pueden concretarse así:

Después de una serie de traslaciones de dominio del lote denominado "La Arenosa" o el "Yesal", ubicado en la jurisdicción del municipio de Rovira — Departamento del Tolima — vino a quedar este inmueble en posesión legal de Pío Abundio Ramírez a cuyo fallecimiento fue reemplazado por los respectivos herederos — sucesión aún no liquidada.

Dentro del mencionado terreno existen unos yacimientos de aljez (mineral de yeso), sobre los cuales los susodichos herederos habían celebrado contratos de arrendamiento con Bernardo Martínez, Luis Martínez Delgado, Félix Castillo y otros.

El lote mencionado quedó comprendido dentro de los linderos indicados en el contrato celebrado el 12 de febrero de 1942, entre el entonces Ministro de Minas y Petróleos, doctor Néstor Pineda, por una parte, y el señor Miguel Santamaría Caro, por la otra, y que fue autorizado por la Resolución Ministerial número 321 de septiembre 5 de 1941 y elevado a la categoría de escritura pública, ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá, el 15 de mayo de 1942 (fs. 33 y sgts., cuaderno principal).

Como basamento jurídico de sus pretensiones, el doctor Carvajal invocó el artículo 17 de la ley 200 de 1936, sobre "Régimen de Tierras" y concretó su solicitud en los términos siguientes:

"Por tanto, muy respetuosamente solicito del Honorable Tribunal, Sala de lo Civil, que, previo el trámite señalado por el artículo 17 de la ley 200 de 1936 y con audiencia del señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué, como representante de la Nación, y del doctor Miguel Santamaría Caro, cuyas condiciones civiles ya relacioné, se traslade, a mi costa, al lote de terreno de que son dueños en comunidad mis poderdantes, situado en la fracción de Martínez, en jurisdicción del municipio de Rovira y comprendido dentro de los linderos relacionados en el numeral segundo de esta demanda, para que allí, una vez cerciorado de que dicho lote de terreno reúne los requisitos legales para ser amparado conforme a la Ley de Tierras, que está incluído en la entrega que el Ministerio de Minas y Petróleos e hizo al señor Miguel Santamaría Caro y que la demanda ha sido establecida dentro del término que señala el artículo 18 de la ley 200 mencionada, se sirva efectuar el lanzamiento correspondiente, conforme lo ordena el citado artículo 17, a fin de que las cosas queden como estaban antes de verificarse la ocupación de hecho de que me quejo, esto es, para que cese la ocupación de hecho y puedan mis poderdantes seguir difrutando de su predio en comunidad, como lo venían haciendo". (fs. 53 v.-54, ibídem).

Surtidas todas las ritualidades indispensables, el Honorable Tribunal, en sentencia, fechada el 26 de mayo de 1944, negó las declaraciones impetradas por el doctor Carvajal a nombre de sus poderdantes, y

éste interpuso el recurso de alzada, cuando tuvo noticia del proveído, lo cual motivó el conocimiento de esta superioridad.

Se procede al estudio del asunto, previas algunas consideraciones:

Ante todo es importante transcribir el siguiente aparte de la demanda: "Como la entrega del lote de terreno de mis poderdantes la hizo la Nación, por medio del Ministerio de Minas y Petróleos al señor Miguel Santamaría Caro, la demanda la dirijo contra la Nación y contra el señor Miguel Santamaría Caro".

Como puede verse, fue esa entrega el motivo por el cual se designó el Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué como competente, ya que si se tratara de otros hechos atribuídos sólo a Santamaría Caro, la Nación no aparecería con interés directo en el pleito, y no podría, en consecuencia, figurar como parte demandada.

El artículo 17 de la ley 200 de 1936, a la que se acogen los actores, prescribe una tramitación sumarísima en el caso de cualquiera ocupación de hecho, lo que vale tanto como decir, operada sin causa justificativa. Supone en el presunto usurpador una ocupación arbitraria e inmotivada.

El procedimiento administrativo que culminó en la Resolución, en virtud de la cual el Ministerio de Minas y Petróleos dispuso la celebración del contrato, fue largo y dispendioso, y en él cabía la intervención de quienes se creyeron perjudicados. Allí se agotaron los trámites prescritos por las disposiciones sobre la materia, sin que se hubiera presentado oposición alguna de quienes inician el presente litigio. Ni vale afirmar, como lo pretende el apoderado de los actores en esta instancia (fs. 14 y sgts. del cuaderno segundo), que la oposición no se produjo, porque la tramitación ante el Ministerio versaba sobre un globo de mil hectáreas de extensión y no especialmente sobre el terreno denominado La Arenosa.

Para desvanecer este reparo basta recordar que está ampliamente demostrado que dicho predio se halla comprendido en el globo general, de modo que haciendo la demarcación de las mil hectáreas, lógicamente se determina el lote llamado La Arenosa.

En el folio 69 del cuaderno principal obra la siguiente copia:

"Número 321. — Ministerio de Minas y Petróleos. — Sección Segunda. — Servicio Legal. — Bogotá, cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

"Por resolución número 229 de 26 de junio pasado este Despacho admitió la propuesta de contrato formulada por el doctor Miguel Santamaría Caro para explorar y explotar los yacimientos de yeso existentes en un globo de terreno de mil hectáreas de extensión, ubicado en el municipio de Rovira, Departamento del Tolima.

"Consta en el expediente que dicha providencia se notificó personalmente al interesado y que en cumplimiento de lo dispuesto en ella misma y en el artículo 22 del Decreto 1054 de 1932 el extracto de la propuesta, con indicación del municipio, linderos y demás datos convenientes para la identificación de la zona minera en cuestión, se publicó por tres veces en el Diario Oficial, cuyos respectivos ejemplares auténticos fueron agregados a los autos.

"La última de dichas publicaciones fue hecha en el número 24,701 de dicho periódico, correspondiente al 4 de julio último, y — según informa la Secretaría General del Ministerio — el término de treinta días hábiles fijados en el artículo 23 del citado Decreto 1054 venció el once (11) de agosto próximo pasado "sin que se hubiera presentado oposición alguna a esta propuesta".

"Por tanto y dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 del mismo estatuto, es el caso de ordenar proceder a la celebración del contrato respectivo".

Al respecto dice el sentenciador de primera instancia:

"No obstante, es el caso que las propuestas de explotación de las aludidas minas están sujetas a un proceso administrativo en el Ministerio de Minas y Petróleos, — proceso reglamentado por los artículos 21, 22, 23 y 24 del Decreto número 1054 de 17 de junio de 1934, reglamentario de los artículos 4º, apartes c) y d) y 110 del Código Fiscal, y 5º de la ley 52 de 1931, y adicionante del Decreto 566 de 1932.

"Es, pues, dentro del término indicado en el artículo 23 del citado Decreto donde toda persona puede oponerse al contrato propuesto, formulando su oposición por escrito y acompañada de las pruebas en que funde tal oposición.

"Para el Tribunal, pues, la oposición no puede ser otra que la consistente en demostrar que el terreno materia de la propuesta no es baldío sino de propiedad particular, adjudicado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva.

"El Ministerio, pues, en vista de las pruebas presentadas decidirá si suspende o si adelanta la tramitación de la propuesta, sin perjuicio, en este caso, de los derechos del opositor POR LA VIA ORDINARIA ANTE EL PODER JUDICIAL (inciso 2º del artículo 23 del Decreto 1054 citado).

"En el caso de autos lo que aparece demostrado con la copia de la Resolución número 321 del Minis-

terio de Minas y Petróleos, es que no hubo oposición ni se presentaron pruebas dentro del término a que alude el artículo 32 del Decreto 1054. En tal virtud, la Nación procedió válidamente, al tenor del artículo 24 del mismo Decreto, a celebrar con el proponente Miguel Santamaría Caro, el contrato de concesión tantas veces mencionado".

Esto sería suficiente para no entrar al estudio de las certificaciones del registro público, con las cuales se pretende establecer una tradición de dominio que arranca desde 1873 hasta el 13 de mayo de 1925, fecha de la escritura número 232 pasada ante el Notario Primero de Ibagué y en virtud de la cual Juan de la Rosa Ramírez vendió a Pío Ramírez un terreno desprendido de otro de mayor extensión.

Con todo, la Sala advierte que no es sólo con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos como se comprueba la tradición del dominio de bienes raíces sino también con los respectivos instrumentos en que constan los actos o contratos.

No es preciso encarar otras cuestiones, pues a la Sala le basta tener en cuenta lo que aparece en la siguiente diligencia de entrega visible al folio 31 del cuaderno principal. Allí se lee:

"Los suscritos Carlos M. Peña Baena y Víctor Camargo Martelo, comisionados por el Ministerio de Minas y Petróleos en providencia fechada el catorce de los corrientes para dar cumplimiento a lo ordenado en el numeral 2º de la Resolución número 330 de 18 de octubre último, nos trasladamos el día martes 21 de los cursantes a la región de Martínez, municipio de Rovira, Departamento del Tolima, con el fin de hacer entrega al doctor Miguel Santamaría Caro de los yacimientos de yeso de que da cuenta el contrato celebrado entre éste y el Gobierno Nacional el 12 de febrero de 1942, que consta en la escritura pública número 1716 de 15 de mayo de 1942, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá. En la fecha indicada los suscritos comisionados dimos comienzo a la diligencia, acompañados por el concesionario doctor Miguel Santamaría Caro y los señores Erasmo Rivera, Alcalde municipal de Rovira, y Francisco Monroy, quien actualmente está encargado de los trabajos en los mencionados yacimientos, según manifestación del doctor Santamaría Caro. Recorridos los linderos generales que encierran los yacimientos dados en concesión, se procedió a la entrega de éstos bajo dichos linderos, que son los siguientes: ..... (aquí ellos). Al tomar posesión de los yacimientos el doctor Miguel Santamaría Caro manifestó que dejaba encargado de los trabajos en ellos al señor Francisco Monroy. Para constancia, se firma la presente acta en tres ejemplares en Bogotá, a veintitrés de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres. — (Fdos.) **Carlos M. Peña Baena.— Víctor Camargo Martelo. — Miguel Santamaría Caro".**

En la inspección ocular practicada ante el Tribunal (fs. 71 v. del cuaderno principal), y de acuerdo con el artículo 20 de la Ley de Tierras, los peritos, entre varios puntos, conceptuaron lo siguiente:

"Por las informaciones recogidas y de la inspección personal del terreno, concluímos que el concesionario Santamaría Caro, no ha llevado a cabo dentro de los terrenos de "La Arenosa" o "Yesal" a que se refiere el numeral segundo de la demanda, instalaciones agrícolas o ganaderas, y que la explotación que del mencionado predio ha hecho se ha limitado a la extracción y acarreo del mineral de yeso".

Las transcripciones que anteceden patentizan cómo la cuestión de la ocupación de hecho se ha concretado únicamente a los yacimientos de yeso. En tales circunstancias la Ley de Tierras no es aplicable En efecto, el artículo 5º de la Ley 200 de 1936 está concebido así: "Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo".

Sin este artículo se hubieran presentado quizás serias dificultades de interpretación de la Ley de Tierras; pero ellas han quedado desvanecidas con la norma transcrita: El deslinde era necesario.

Tiene también base legal esta Sala para resolver que en el pleito actual la acción escogida no existe, y por tanto la providencia recurrida debe confirmarse, sin necesidad de deducir una excepción perentoria de petición de modo indebido o "error de acción" como la denomina el Tribunal.

La Sala deja a salvo todos los derechos que puedan tener los demandantes por motivos de perturbación distintos a los contemplados en este fallo.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia recurrida, en cuanto niega el lanzamiento y la reforma en el sentido de no hacer declaración sobre la excepción de error de acción.

Quedan a salvo las acciones de la parte demandante, provenientes de actos de perturbación que puedan existir y sean distintos a los contemplados en la motivación de este fallo sobre lanzamiento.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — El Conjuez, Fabio Hernández. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Oficial Mayor, **Jorge García Merlano.**

CHEQUES — SU COBRO — ENDOSO EN BLANCO — RELACIONES ENTRE EL GIRADOR Y EL BENEFICIARIO

En un litigio entre el girador de un cheque y el supuesto beneficiario y, por consiguiente, también supuesto endosante (en el caso de autos había cobrado el cheque otra persona) en blanco, no cabe la responsabilidad directa del artículo 4º de la ley 46 de 1923 para presumir la autenticidad de la firma del dicho supuesto endosante y por cuanto mal ha podido endosar sin haber llegado a ser en primer término beneficiario; y ello es así siempre que se trata de colocar al supuesto beneficiario frente al girador mismo. Tal girador, para el efecto de crear las relaciones de carácter cambiario con el beneficiario, entre las cuales figura la de presunción de firmas de que se ha hablado, está en la obligación de demostrar que hizo la correspondiente entrega al beneficiario, prueba que debe darse por punto general, de acuerdo con las normas del derecho común. En el caso del proceso no puede sostenerse que el hecho de aparecer el nombre de N. al respaldo del cheque es indicio o prueba de la entrega misma, es decir, del perfeccionamiento de la relación jurídica de carácter cambiario, sujeta luégo, por consiguiente, a las normas de la ley especial sobre la materia, porque para poder llegar en tal evento a este resultado sería preciso que, de acuerdo con las normas del derecho común, se demostrara que la firma de N. es auténtica, es decir, que ello habría de hacerse mediante un procedimiento ejecutado por el supuesto autor de tal firma. Sólo en el supuesto de que el instrumento hubiera aparecido realmente en manos del beneficiario y en armonía con la parte final del artículo 19 de aquella ley, habría de llegar, en las mutuas relaciones jurídicas de girador y beneficiario, a presumir la entrega de ese instrumento por parte del girador (quedando así descartada en principio la posibilidad de que se lo hubiera apropiado por robo, hurto, etc.), y ya que esa parte final expresamente estatuye que "cuando el instrumento no está en poder de una parte cuya firma aparezca en él, se presume que ha sido entregado por dicha parte válidamente y a sabiendas, salvo prueba en contrario".

La presunción de este artículo no opera en calidad de presunción oponible a quien figura como beneficiario directo de un cheque, sino, en el caso bajo estudio, en perjuicio del girador de aquel instrumento. Es que tal presunción tiende a definir una situación que frecuentemente puede presentarse, como es la de que el girador alegue que no hizo en absoluto la entrega del instrumento al girador o que no la hizo con el propósito de hacerlo efectivo, sino que le fue hurtado o robado, por ejemplo; y porque el evento de haber salido el instrumento de su poder lo pone en la necesidad de destruír la presunción de entrega establecida por la ley. En suma, mientras no quede comprobado que el girador le hizo la entrega al beneficiario del cheque, dicho supuesto beneficiario no puede ser mirado en sus relaciones con el girador como parte en el instrumento para el efecto de presumir auténtica su firma que aparezca en él y so pretexto de dar aplicación al citado artículo 4º que trata sólo de una presunción de autenticidad de firmas de quienes realmente hayan intervenido como parte en el instrumento.

2. — Al menos por ciertos aspectos fundamentales, la sentencia dictada en el juicio de carácter criminal hace tránsito a cosa juzgada respecto a la acción civil entablada luégo por la persona perjudicada con la contravención de carácter penal y dirigida contra el sindicado mismo del delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio diez de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock).

Vino el presente asunto al conocimiento de la Corte en virtud de apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de 19 de agosto de 1943 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La parte resolutiva del fallo recurrido, al cual se acaba de hacer referencia, es del siguiente tenor:

"PRIMERO. — Condénase al Departamento de

Cundinamarca a pagar al demandante señor Alfonso Garzón la cantidad de trescientos sesenta pesos ($ 360.00) moneda corriente y los intereses legales de esta cantidad, a partir del nueve (9) de marzo de mil novecientos cuarenta (1940) hasta el día del pago, por concepto del precio convenido en el contrato de que se habla en la parte motiva.

"SEGUNDO. — Se niegan las demás peticiones de la demanda con que se inició este juicio".

Cabe advertir que, como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien ha venido representando al Departamento demandado en la presente instancia, por cuanto el Departamento fue condenado a pagar en dicho fallo una suma de dinero al demandante Alfonso Garzón y aunque el personero del Departamento en la primera instancia no apeló de aquel fallo, hay lugar a tener en cuenta, en interés del Departamento, la consulta de la sentencia del Tribunal, según éste hubo de ordenarlo en la providencia memorada.

Por lo demás los hechos fundamentales de la demanda del señor Garzón contra el Departamento, hubo de presentarlos el demandante en los siguientes términos:

"1º — A comienzos de febrero de 1940, celebré con el Departamento de Cundinamarca un contrato para la confección de un trabajo de plomería (instalaciones de tubería, montaje de estufa, y sanitarios) en un edificio para Escuelas Urbanas de Fusagasugá. El negocio se ajustó por la cantidad de trescientos sesenta pesos ($ 360.00) que el Departamento se obligó a pagarme tan pronto como estuviera concluída a satisfacción y recibida la obra.

"Procedí a mi labor, y antes de finalizar el mes, entregué a entera satisfacción, por medio del señor Ingeniero Interventor de las Escuelas doctor Luis Eduardo Albornoz, la obra a que me comprometí.

"En sucesivos tiempos acudí a la Gobernación a efecto de que se me pague el trabajo oportunamente concluído y entregado. No ha sido posible su pago. El Departamento me lo está debiendo: y aun cuando acudí últimamente a la Honorable Asamblea de Cundiamarca para ver de que se decidiera ese pago, a virtud de mi cobro, no ha sido ello posible.

"2º — Cumplí a cabalidad lo contratado, habiéndose dado por recibido el Gobierno Departamental, de mis trabajos. En Fusagasugá está montado todo el tren contratado, que consiste, en montar doce (12) sanitarios diez y ocho (18) baños; montar una estufa; la instalación de todas las tuberías en el edificio, para el completo suceso de estos servicios, siendo de mi cargo todos los materiales;

"3º — Para cumplir mi contrato hube de prestar dinero a varias personas, solicitar auxilio de maestros en el oficio y obreros que me ayudaran.

"4º — Estas personas me están cobrando su trabajo, con sucesiva instancia, a tal punto que la señora Carmen Cortés ya me demandó ante la autoridad, por los cien pesos que me facilitó entonces.

"Soy honrado trabajador; jamás me vi en estrados judiciales para el cobro de mis compromisos. Ahora todos me amenazan con iguales demandas. Y si aún no lo hicieron fue porque yo les anticipaba que no me hicieran ese daño, que el Departamento me pagaría y yo a mi vez a ellos".

En calidad de parte petitoria de la demanda solicitó el demandante: —

"Por tanto: ante usted demando en vía ordinaria al Departamento de Cundiamarca, para que con citación del señor Fiscal se le condene al pago de la cantidad de un mil pesos ($ 1.000.00) mlcte. en que estimo los perjuicios totales como precio e indemnización, en virtud del incumplimiento del Departamento en pagarme el contrato satisfecho".

Finalmente citó el demandante, con el carácter de fundamento de derecho de su demanda, el contenido de los artículos 1.928 a 1.934, 2.053 a 2.063 del Código Civil agregando que la demanda ha de tener cabida "ya se considere como venta o como arrendamiento de servicios, que ejercito en subsidio".

Habiendo sido corrido traslado de esta demanda al señor Fiscal 2º del Tribunal Superior en representación del Departamento, dicho funcionario hubo de contestarla en escrito de 30 de julio de 1941, en el cual, después de una extensa exposición acerca de los hechos ocurridos, hubo de concluír:

"Los hechos los contesto así:

"AL PRIMERO. — Es cierto.

"AL SEGUNDO. — Es cierto.

"AL TERCERO. — No me consta; lo niego para que se pruebe.

"AL CUARTO. — No me consta; lo niego para que se pruebe.

"Niego el derecho invocado por no ser pertinente.

"Propongo las excepciones perentorias que resulten o puedan resultar de los hechos relatados, tanto por desconocimiento legal de la existencia de la obligación de pago por parte del Departamento, a que se refiere el señor Garzón en su libelo de demanda, como por declaración legal de haberse extinguido dicha obligación' '.

En la primera instancia ambas partes litigantes presentaron pruebas y alegaron de conclusión. En el presente segundo grado del juicio la parte demandante hizo practicar algunas pruebas ante la Corte, y ambas partes presentaron también sus alegatos finales.

Para resolver se considera:

Figura en autos en calidad de documento producido por el señor Fiscal del Tribunal, al dar contestación a la demanda, la respectiva cuenta de cobro presentada por el demandante señor Garzón por la cantidad de trescientos sesenta pesos, formulada en armonía con el contrato por éste celebrado, y la cual está debidamente visada y aceptada por los correspondientes empleados autorizados para ello.

En este documento, acerca de cuya existencia y contenido no discrepan las partes litigantes, aparece, en efecto, constatada una deuda por la cantidad de trescientos pesos ($ 300.00) como valor de suministros de materiales y de la mano de obra en trabajo ejecutado por el demandante Garzón en el municipio de Fusagasugá y por cuenta del Departamento de Cundinamarca.

En realidad de verdad para el pago de dicha cantidad fue girado por el Fondo Rotativo de la Tesorería General del Departamento de Cundiamarca un cheque a favor del interesado Garzón por la suma de trescientos sesenta pesos ($ 360.00) y a cargo de The Royal Bank of Canada, cheque que, girado el día 9 de marzo de 1940, fue pagado el mismo día "al dueño de la cédula de ciudadanía Nº 1579191 quien firmó el cheque, firma que es ilegible, no entendiéndose sino el nombre de Ruperto.....". (Véase nota de 19 de diciembre de 1940 de **The Royal Bank of Canada,** fl. 4 del Cno. número 1).

Por lo demás parece incontrovertible, según las constancias de los autos, que el cheque en referencia no fue entregado a quien figuraba en él como beneficiario, es decir al señor Garzón; que percibió su valor una persona distinta de éste; y que, en realidad de verdad, el Departamento no le ha pagado aún al demandante el importe de la cuenta de cobro, citada antes en el presente fallo, por la cantidad de trescientos sesenta pesos ($ 360.00) moneda legal.

A estos respectos dice el Tribunal sentenciador, con muy buen acuerdo a juicio de la Corte, lo siguiente:

"Del expediente aparece que con fecha primero (1º) de marzo de mil novecientos cuarenta (1940) el contratista Garzón presentó a la correspondiente Oficina Departamental, por duplicado, su cuenta de cobro por la expresada cantidad de 360.00 pesos, debidamente visada por el señor Director de Educación, el Jefe de Edificaciones Escolares y el Ingeniero Interventor de la obra; que con fecha nueve (9) de marzo del mismo año el señor Tesorero General del Departamento giró el cheque número 32251-65 a cargo del Royal Bank of Canada y a favor de Alfonso Garzón, por la cantidad de $ 360.00 moneda corriente; que en la misma fecha (9 de marzo) el cheque fue presentado para su cobro en las oficinas de caja del Banco en Bogotá por una persona portadora de la cédula de ciudadanía número 1579191, de nombre Ruperto, que lo firmó de manera ininteligible. Este sujeto presentó el cheque ante el cajero del Banco girado, llevando el instrumento escrita al respaldo la firma del beneficiario Alfonso Garzón y el número de la cédula de ciudadanía de éste, número 1971282, anotada ya en la cuenta de cobro que sirvió de base al giro del cheque por el Tesorero Departamental, es decir, con endoso en blanco que lo hacía pagadero al portador (artículo 37 — Ley 46 cit.)

"El cheque fue pagado a su presentación al dicho endosatario aparente, que responde al nombre de Ruperto Moya Ramírez porque la cédula número 1579191 corresponde en el registro electoral a ese nombre.

"El Banco lo pagó de buena fe y sin tener noticia de que el endoso puede adolecer del vicio de falsedad.

"Conforme a la primera parte del artículo 19 de la Ley 46 de 1923, 'todo contrato sobre un instrumento negociable es incompleto y revocable hasta la entrega de él con el propósito de hacerlo efectivo', y cuando el giro de un instrumento negociable o efecto de comercio se hace con el fin de cancelar una obligación preexistente, como sucede en el caso de autos, es la entrega efectiva del instrumento al beneficiario la que perfecciona entonces la "dación en pago' entre el deudor y el acreedor, aparte de que, si el instrumento es trasmisible por simple endoso, la recepción del mismo por el acreedor en pago lleva implícita la condición de que le sea pagado a él o a su orden (artículo 217 del C. de Co.) En efecto, todo instrumento negociable incorpora un contrato escrito que para su perfeccionamiento exige además la tradición o entrega de él por el otorgante al beneficiario, por el endosante al endosatario, etc."

A este propóstito interesa, en efecto, observar que el simple acto unilateral de girar un cheque en favor de determinada persona no convierte en **beneficiario** a la persona a cuyo favor se hace el giro.

Las relaciones jurídicas de carácter cambiario están dominadas por el principio fundamental de la Ley 46 de 1923 sobre "instrumentos negociables" y que consagra expresamente el artículo 19, citado por el Tribunal, de que "todo contrato sobre un instrumento negociable es incompleto y revocable hasta

la entrega de él con el propósito de hacerlo efectivo".

De manera que en el caso del giro de un cheque, el girador puede conservar el instrumento mencionado en su poder, o destruírlo sin que ello pueda originar reclamación alguna de parte de la persona que en él se hizo figurar como beneficiario, y toda vez que merced al simple hecho de extender el cheque no hace relación jurídica de carácter cambiario, ni de otra naturaleza, entre quien figura como girador y quien allí aparece como beneficiario.

Ahora bien: el artículo 4º de la Ley de instrumentos negociables estatuye que "la firma de los giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes y demás partes que intervengan en los instrumentos negociables se presumen auténticas y no necesitan ser previamente reconocidos para ejercitar las acciones respectivas".

En el caso que se estudia y si la aplicación de la disposición legal que se acaba de transcribir tuviera cabida, al señor Garzón habría lugar a considerarlo aquí en calidad de endosante (endosante en blanco).

Considerado como endosante se diría entonces que, por cuanto aparece su nombre al respaldo del cheque, se presume auténtica la firma que allí figura, en términos tales que a su cargo está demostrar que tal autenticidad no corresponde a la realidad en este caso que a él concierne.

Empero, para poder llegar a la conclusión de que el señor Garzón ha echado sobre su cabeza la carga propia de semejante presunción, que es de carácter excepcional y para el caso de que él niegue la entrega del cheque y lo niegue en juicio seguido justamente con la parte que dice haberle entregado tal cheque, sería preciso que el Departamento girador del cheque hubiera demostrado en el juicio que convirtió él al señor Garzón en **beneficiario** de aquel instrumento, condición ésta indispensable para poder constituírse luégo éste por su parte en endosante del mismo instrumento. Mas ya se sabe no podía ser convertido el señor Garzón en beneficiario del cheque sin que previamente se le hubiera entregado el instrumento por el girador, es decir, por el Departamento, con el propósito preciso de constituírlo en beneficiario de él.

Se comprende así que, en un litigio entre el girador y el supuesto beneficiario y por consiguiente también supuesto endosante en blanco, no cabe la aplicabilidad directa de la disposición del antes transcrito artículo 4º de la Ley "de instrumentos negociables" para presumir la autenticidad de la firma del dicho supuesto endosante y por cuanto mal ha podido endosar sin haber llegado a ser en primer término beneficiario; y ello es así siempre que se trate de colocar al supuesto beneficiario frente al girador mismo.

Dicho girador — para el efecto de crear las relaciones de carácter cambiario con el beneficiario, — relaciones entre las cuales figura la de presunción de firmas de que se ha venido hablando, está en la obligación de demostrar que hizo la correspondiente entrega del cheque al beneficiario, prueba que debe darse por punto general de acuerdo con las normas del derecho común.

Ni puede sostener que el hecho de aparecer el nombre de Garzón al respaldo del cheque es indicio o prueba de la entrega misma, es decir, del perfeccionamiento de la relación jurídica de carácter cambiario, sujeta luégo, por consiguiente, a las normas de la ley sobre la materia, porque para llegar, en tal evento, a este resultado sería preciso que, de acuerdo con las normas del derecho común, se demostrara que la firma de Garzón es auténtica, es decir, que ello habría de hacerse mediante un reconocimiento ejecutado por el supuesto autor de tal firma, prueba del reconocimiento que en realidad está muy lejos de existir en el caso actual.

Sólo en el supuesto de que el instrumento hubiera aparecido realmente en manos del beneficiario y en armonía con la parte final del artículo 19 antes citado de la Ley sobre instrumentos negociables, habría lugar, en las mutuas relaciones jurídicas de girador y beneficiario, a presumir la entrega de ese instrumento por parte del girador (quedando así descartada en principio la posibilidad de que se lo hubiera apropiado, por robo, por hurto, etc.), y ya que la referida parte final del artículo 19 citado expresamente estatuye: 'cuando el instrumento no está en poder de una parte cuya firma aparezca en él, se presume que ha sido entregado por dicha parte válidamente y a sabiendas, salvo prueba en contrario".

Es decir, según esta norma final del artículo 19, cuando el instrumento no está en poder de una parte cuya firma aparece en él (el girador, por ejemplo) se presume que ha sido entregado por dicha parte válidamente y a sabiendas, salvo prueba en contrario.

Habrá de anotarse ahora que esta presunción no opera, por otro aspecto, en calidad de presunción oponible a quien figura como beneficiario directo de un cheque, sino que es presunción que en el caso bajo estudio opera sólo en perjuicio del girador de aquel instrumento.

Y es que tal presunción tiende a definir una situación que frecuentemente puede presentarse, cual es la de que el girador alegue que no hizo en abso-

luto la entrega del instrumento al girado o que no la hizo con el propósito de hacerlo efectivo, sino que le fue hurtado o robado, por ejemplo; y porque el evento de haber salido el instrumento de su poder, lo pone en la necesidad de destruír la presunción de entrega establecida por la ley, presunción de la cual se viene hablando.

Tal es la solución manifiestamente razonable en la fijación del alcance de la presunción que, en su parte final, trae el citado artículo 19 de la Ley colombiana "de instrumentos negociables" y es también la que se acepta en los Estados Unidos de América, de uno de cuyos Estados fue tomada la Ley 46 de 1923 de "instrumentos negociables", y según puede colegirse desde luego de la solución dada en numerosos casos prácticos que relaciona el Profesor Brunnan en su obra **Negotiable Instruments Law**, página 150, ed. de 1926.

En resumen: mientras no quede comprobado que el girador le hizo la entrega al beneficiario del cheque, dicho supuesto beneficiario no puede ser mirado en sus relaciones con el girador como parte en el instrumento para el efecto de presumir auténtica su firma que aparezca en él y so pretexto de dar aplicación al ya citado artículo 4º de la Ley de "Instrumentos Negociables" que trata sólo de una presunción de autenticidad de firmas de quienes realmente hayan intervenido como parte, en el instrumento

No apareciendo, como no aparece, probado en el proceso la entrega del cheque al demandante hecha por el Departamento en calidad de dación en pago destinada a la extinción de la obligación de éste; no hay lugar a presumir tal entrega, ya que correspondía al Departamento probarla debidamente (artículo 1757 del Código Civil); y, al faltar la prueba de la entrega; y, según lo que se deja antes expuesto, no hay lugar a presumir auténtica la firma de Garzón en calidad de beneficiario-endosante del instrumento, y ello por lo que respecta, en concreto, a sus relaciones jurídicas con el Departamento de Cundinamarca, en calidad éste de girador del cheque.

Por otra parte, como lo observa con razón el Tribunal, las pruebas del juicio, que él examina en su fallo, hacen completamente verosímil que tal entrega a Garzón no hubiera ocurrido en realidad.

En términos tales que el mismo Tribunal, después del expresado examen de las pruebas, transcribe el siguiente pasaje del alegato del señor Fiscal del Tribunal presentado en su calidad de representante del Departamento:

"Con base en una sentencia de ese Tribunal, el Departamento hará el pago al demandante Garzón de la suma de $ 360.00, fijada como valor del trabajo que le fue contratado, más sus intereses legales, que son los perjuicios únicos en este caso, conforme al artículo 1617 del Código Civil y las doctrinas tanto de ese Tribunal como de la Corte Suprema de Justicia al respecto....."

Y concluye, en consecuencia, el Tribunal así:

"Indican estas declaraciones del señor Fiscal que el Departamento está listo a pagarle a Garzón el valor de su contrato, que no estima temeraria ni infundada la petición de este demandante, sino que apenas desea un justo título en qué apoyar el egreso de fondos correspondiente".

Más hé aquí que en el presente asunto ha surgido la cuestión de saber si hay lugar a dar aplicación al inciso 2º del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), aplicabilidad alegada por él representante de la parte demandada.

El precepto mencionado estatuye así:

"Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiera influír en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

De aplicarse la disposición legal transcrita al caso en estudio habría de ocurrir ello merced a la circunstancia de que, como consta de autos, actualmente se sigue un sumario criminal por la falsificación de la firma de Garzón en el cheque girado a su favor y a cargo de **The Royal Bank of Canada.**

Si el presente juicio hubiera sido instaurado contra la persona o personas que cometieron la falsificación de la firma de Garzón en el cheque mencionado o se aprovecharon de este acto delictuoso pudiera aparecer como incontrovertible la aplicabilidad del transcrito inciso 2º del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Y la razón es obvia; por cuanto en armonía con lo preceptuado en los artículos 28 y 29 del mismo Código de Procedimiento Penal, lo que se resuelva en el proceso penal con respecto al sindicado en caso de fallo absolutorio, no podrá ser luégo puesto en tela de juicio en el negocio de carácter civil, si en el proceso penal ha sido declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo, ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejecución de una facultad legítima.

Y en el caso de fallo condenatorio del sindicado (artículo 29) dictado en el juicio penal como respon-

sable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye, ni la responsabilidad del condenado.

De donde se sigue que, al menos por ciertos aspectos fundamentales, la sentencia dictada en el juicio de carácter criminal hace tránsito a cosa juzgada respecto a la acción civil entablada luégo por la persona perjudicada con la contravención de carácter penal y dirigida contra el sindicado mismo del delito.

Mas ha de tenerse en cuenta que el presente juicio se sigue nó contra una persona particular que pueda ser penalmente responsable sino contra una persona jurídica, correspondiente a una subdivisión político-administrativa del Estado colombiano, o sea contra el Departamento de Cundinamarca, y sin intervención siquiera, en calidad de demandado, de persona particular alguna.

En realidad de verdad y aunque la parte demandante haya pretendido involucrar su acción contra el Departamento con una acción de carácter delictuoso y posiblemente imputable a un empleado departamental, las relaciones jurídicas entre dicha parte demandante y el Departamento de Cundinamarca son de carácter contractual, y nó de carácter extracontractual y culposo a la vez.

En efecto: si un empleado departamental, y sin que antes se hubiera entregado al señor Garzón el cheque de que se ha venido hablando en el presente fallo, suplantó la firma de dicho señor Garzón al respaldo de tal cheque; y directamente, o por conducto de un tercero, obtuvo su cobro en el Banco, de tales maniobras delictuosas no ha sido víctima en calidad de ofendido el señor Garzón. Precisamente por ello, y no obstante tal cobro hecho, en cuanto lo fue por un extraño, incontrovertiblemente es aún deudor el Departamento al demandante Garzón de la cantidad de dinero a él debida en virtud de un contrato y expresada en el cheque referido y que no le fue entregado.

En realidad, la falsificación de que pudc ser objeto el cheque es un delito **contra la fe pública,** noción ésta que no se compadece, en sí misma considerada, con la concepción de que el señor Garzón, merced al delito de falsificación, tiene el carácter de víctima que sufrió perjuicios y que debe ser indemnizado.

La persona que cobró el cheque, y gracias a la falsificación de que se viene hablando, pudo haber cometido un delito contra la propiedad, delito de los instituídos en el Título XVI del Libro 2º del Código Penal ,pero es obvio que, por cuanto desde luego el cheque en cuestión no había sido entregado aún al beneficiario Garzón, la víctima del posible delito **contra la propiedad** a que se viene aludiendo, con el correspondiente derecho a indemnización de parte del responsable del delito referido, no es el señor Garzón sino precisamente el Departamento demandado en el presente juicio, quien es el llamado a sufrir las consecuencias directas e inmediatas del cobro delictuoso hecho por un tercero, de la cantidad de dinero señalada en el cheque.

Sirve la argumentación que precede para demostrar no sólo que no hay lugar en este asunto a la aplicación del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de ordenar la suspensión del presente juicio civil hasta que se pronuncie sobreseimiento definitivo o sentencia definitiva irrevocable en el asunto de carácter penal sino también para los efectos de la parte resolutiva del fallo, que la única obligación existente a cargo del Departamento demandado y a favor del demandante es la de la cantidad de trescientos sesenta pesos ($ 360.00) como deuda nacida del contrato celebrado con el señor Garzón, es decir, que hay lugar a ordenar el cumplimiento de una obligación de carácter contractual y el reconomiento al propio tiempo de los intereses de mora, como lo admitió indudablemente con acierto el Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia apelada.

Manifiesto es, por lo demás, que tratándose de una obligación contractual de pagar una suma de dinero, los únicos perjuicios que pueden reconocerse son los consistentes en intereses desde el momento en que ocurrió la mora (artículo 1617 del Código Civil), intereses que son los legales en el caso actual, de no existencia de pacto alguno sobre intereses convencionales y en armonía con lo estatuído en la misma disposición legal que se acaba de citar.

En mérito de lo que se deja 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, confirma la sentencia apelada, proferida en el presente asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día 19 de agosto de 1943.

No hay lugar a condenación en costas en esta segunda instancia.

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

(Fdos.) **Aníbal Cardoso Gaitán, Germán Alvarado, Víctor Cock, Ramón Miranda, Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta,** Srio.

IMPUESTOS DIRECTOS E INDIRECTOS

1. — La Corte prohija y sustenta su anterior doctrina, según la cual cuando se trata de impuestos indirectos no es posible decretar la devolución de ellos.

2. — Un impuesto que, como el establecido por el artículo 8º de la Ordenanza número 37 de 1929, tiene en cuenta al propietario mismo del vehículo para cobrar a éste el impuesto, las especificaciones de cada vehículo para determinar el importe del tributo; en que el pago se hace por períodos fijos y aún anticipados por mensualidades, etc., no es, en manera alguna, y a juicio de la Corte, un impuesto indirecto, sino directo sobre la propiedad del vehículo. En casos de la naturaleza del actual, de características tan definidas, en que el impuesto se cobra necesariamente con base en una lista nominativa de propietarios y vehículos, la calificación del impuesto como directo parece incontrovertible, a la luz de la doctrina de los economistas y de los tratadistas de Hacienda Pública. Es obvio, por lo demás que aun en el caso de impuestos directos, las personas gravadas que, con sus personales desembolsos, tienen que atender a su pago, tratan también de hacer incidir sobre extraños el todo o parte de esos impuestos, como ocurre con el impuesto predial, por ejemplo, que es directo, y que el propietario cuando es arrendador de la finca respectiva procura que la carga del impuesto se traslade al arrendatario en el importe mismo del canon de arrendamiento. Casos hay, a la inversa, en los cuales el impuesto indirecto, por dificultades para su traslación a terceros, tiene que ser absorbido, según el término usado por los economistas, por quien lo cubre directamente a la administración pública Mas tal ocurrencia no cambia la naturaleza misma de las cosas, toda vez que lo que le da, por ejemplo, a los impuestos de consumo, que son indirectos, esta calidad de indirectos, es principalmente el ánimo de quien lo establece, o sea de la entidad de derecho público, de gravar al consumidor mismo, no al expendedor del artículo, o en otros términos, el querer tal entidad que el impuesto sea trasladado a dicho consumidor, y sin que haya de menoscabar este orden de cosas, de carácter jurídico propiamente dicho, el que circunstancias económicas especiales puedan de hecho entrabar o hacer eventualmente imposible, en parte al menos, el fenómeno de la traslación del tributo buscada y querida por el legislador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock).

En el presente juicio ordinario seguido por el señor Juan de J. Gutiérrez (a. Juancho) contra el Departamento de Antioquia sobre devolución de una suma de pesos, dictó sentencia el Tribunal Superior de Medellín con fecha 28 de marzo de 1944, fallo producido de manera favorable a la parte demandante.

En tal virtud, el personero del Departamento en la primera instancia, que lo fue el señor Fiscal 2º del Tribunal; interpuso recurso de apelación contra la sentencia memorada, recurso del cual conoce hoy la Corte.

En esta segunda instancia ha tenido la representación del Departamento el señor Procurador Delegado en lo Civil; y ambas partes litigantes presentaron, en debida oportunidad, sus alegatos de conclusión ante esta superioridad.

Para resolver acerca del recurso interpuesto, la Corte considera:

La demanda con la cual hubo de ser incoado el litigio, fue presentada el día 12 de septiembre de 1941.

La parte petitoria de tal demanda es del tenor siguiente:

"Por lo expuesto, demando al Departamento de Antioquia, representado por el señor Fiscal de esa Honorable Corporación, para que, con citación y audiencia de este funcionario y previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declare por el Honorable Tribunal lo siguiente:

"I). — Que el Departamento demandado tiene la obligación de restituírme, dentro del término que en la sentencia se le fije, la suma de mil ciento vein-

ticuatro pesos con ochenta centavos ($ 1.124.80) que dicha entidad me cobró ilegalmente y que yo pagué sin estar obligado a ello;

"II). — Que el Departamento demandado debe, asímismo, pagarme los intereses corrientes de la suma indicada en la petición anterior, desde el día en que quedó ejecutoriado el fallo de fecha 23 de junio de 1934, mediante el cual anuló el Consejo de Estado el artículo 8º de la Ordenanza 37 de 1929, dictada por la Asamblea de Antioquia, hasta el día en que se efectúe la restitución de esa suma".

En cuanto a los hechos en los cuales se basa la demanda, los relacionó el demandante como a continuación se expresa:

"**Primero.** — El artículo 8º de la Ordenanza número 37 de 1929 creó un "impuesto departamental de tránsito" sobre todos los vehículos de ruedas que circularan en el Departamento, impuesto ese que sería cubierto por los propietarios de dichos vehículos por mensualidades anticipadas y de acuerdo con la tarifa que la misma disposición establecía.

"**Segundo.** — El Consejo de Estado, en sentencia de fecha 23 de junio de 1934, declaró que el artículo 8º de la Ordenanza número 37 de 1929 era ilegal y que, en consecuencia, el Departamento de Antioquia no podía cobrar los impuestos 'de tránsito' por aquella disposición establecida.

"**Tercero.** — La Asamblea Departamental aprobó en sus sesiones de 1940 la proposición que en seguida transcribo: 'La Asamblea conceptúa que deben devolverse los impuestos directos cobrados a virtud del extinguido artículo 8º de la Ordenanza 37 de 1929 y, en consecuencia, solicita de la Honorable Junta de Rentas que proceda a hacerlo de la partida global, a medida que se vayan presentando las reclamaciones individuales plenamente comprobadas'.

"**Cuarto.** — La Honorable Junta de Rentas ha ordenado que algunas de las personas que pagaron el ilegal impuesto de 'tránsito' se les devuelva lo que el Departamento percibió indebidamente de ellas. Pero a última hora ha resuelto desatender las reclamaciones que en tal sentido han formulado los interesados — entre ellos el suscrito — que también pagaron, por razón de una Ordenanza **nula** sumas apreciables al Departamento.

"**Quinto.** — En el lapso comprendido entre el primero de enero de 1930 y el 31 de agosto de 1934 se me cobró indebidamente el 'impuesto departamental de tránsito' por los vehículos de mi propiedad distinguidos con los números 243, 441, 858, 1810, 2253, 2400, 2488, 1813, 1814, 1815, 1816, 1712, 1283 y 1464. Pagué por tal concepto, la suma de mil ciento veinticuatro pesos con ochenta centavos, en total.

"**Sexto.** — El pago de los mil ciento veinticuatro pesos con ochenta centavos ($ 1124.80) a que se refiere el hecho anterior, fue un PAGO DE LO NO DEBIDO, pues todo impuesto, para que sea exigible, debe estar autorizado por una disposición legal y la Ordenanza 37 de 1929 fue anulada — en lo pertinente — por ser contraria a la ley. De ahí que el Departamento se enriqueciera injustamente a mis expensas y que mi patrimonio sufriera, como sufrió, un empobrecimiento también injusto.

"**Séptimo.** — El Departamento de Antioquia supo que el pago de los impuestos de "tránsito" hecho por mí fue un pago indebido, desde el día en que quedó ejecutoriada la sentencia de fecha 23 de junio de 1934, citada en el hecho **segundo** de esta demanda. Por lo tanto, me debe los intereses corrientes de lo que pagué indebidamente, desde esa fecha (la de la ejecutoria de la sentencia) hasta el día en que me restituya los mil ciento veinticuatro pesos con ochenta centavos que me cobró sin derecho".

En cuanto a derecho citó el demandante como aplicable al caso de su demanda el contenido de los artículos 2313, 2315, 2318, 2319 (inciso 2º) del Código Civil, y 156, 176 y concordantes del Código Judicial.

En escrito de fecha 20 de octubre de 1941, el señor Fiscal del Tribunal propuso como representante del Departamento demandado la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, por considerar no ser el asunto de competencia del Tribunal al caer bajo la jurisdicción contencioso- administrativa, dado el origen de la deuda demandada, o sea el pago de unos impuestos.

El Tribunal de primera instancia falló el incidente adversamente a la parte proponente de la excepción. De suerte que, habiendo sido apelada la providencia respectiva vino el asunto al conocimiento de la Corte, la cual decidió el incidente referido, en segunda instancia, por auto de 29 de octubre de 1942.

En dicha providencia estimó la Sala ser realmente competente para conocer del asunto la justicia ordinaria, es decir, el Tribunal Superior en primera instancia y la Corte en el segundo grado del juicio; habiendo tenido en cuenta para ello que cuando en este asunto fue entablada la demanda no había entrado aún en vigor la Ley 167 de 1941 "sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa".

Vuelto el negocio al Tribunal de origen, fue contestada la demanda por el señor Fiscal del Tribunal en los siguientes términos:

"En mi carácter de representante del Departamento de Antioquia en el juicio ordinario que contra di-

cha entidad ha instaurado el señor Juan de J. Gutiérrez, me permito manifestarle que doy contestación a la demanda en los siguientes términos:

"Al hecho 1º — No me consta. Me atengo a lo que se pruebe;

"Al hecho 2º — No me consta;

'Al hecho 3º — Lo ignoro. Si esa proposición fue aprobada, ella no prueba nada en este negocio, ya que una proposición de la Asamblea no obliga al Gobierno.

"Al hecho 4º — No me consta.

"Al hecho 5º — No me consta; me atengo a lo que se pruebe.

"Al hecho 6º — En parte es de derecho y en parte consideraciones del demandante, por lo cual no lo contesto.

"Al hecho 7º — Lo niego.

"Desconozco los fundamentos de derecho en que se apoya el demandante y me permito solicitarle que el Departamento sea absuelto de los cargos formulados en el libelo de demanda. Invoco cualquier excepción perentoria que de acuerdo con el artículo 329 del C. J. pueda favorecer a la entidad que represento y que aparezca en el curso del juicio".

Abierto el juicio a pruebas fueron presentados algunos documentos por la parte demandante relacionados con el tema debatido en el juicio; y de su lado, cuando llegó el momento de alegar de conclusión, el señor Fiscal del Tribunal presentó, en pro de los intereses del Departamento demandado un trabajo jurídico bien digno en verdad de un estudio a fondo por parte del Tribunal sentenciador en la primera instancia y ya que en dicha pieza jurídica son analizados con el debido detenimiento los aspectos que en derecho presenta el tema debatido en el juicio.

No obstante ello, la Sala respectiva de Decisión del Tribunal en la sentencia antes citada con la cual falló en definitiva, y en primera instancia, este litigio, se limitó, después de una breve exposición narrativa de las ocurrencias del juicio, a fundar su decisión en los siguientes considerandos:

"..... El señor Fiscal, en su bien elaborada alegación de término, no quiere conformarse con la justa aspiración del actor y pretende justificar su inconformidad con la impugnación de la persona sustantiva de éste, pues que, en su respetable concepto, por tratarse de impuestos indirectos, éstos, por el fenómeno económico de la incidencia, recaen sobre el público, de lo cual se deduce que ese público y no quien directamente hizo el desembolso, es el llamado a impetrar la cuestionada devolución; más se observa que el Departamento, no sólo ha reconocido esta obligación, sino que ha atendido a su efectiva solución como bien lo establecen los reintegros que ha hecho al respecto y de los cuales da cuenta irrefutable el informe de la Contraloría General del Departamento que obra en autos. Además la Junta Departamental de Rentas, en sesión del día 30 de septiembre de 1940 (Acta número 537) autorizó al señor Superintendente de Rentas para devolver de los fondos de éstas los impuestos recibidos por el concepto mencionado. Es incuestionable que, desaparecida la causa del impuesto, esto es la Ordenanza que lo estableció, el valor satisfecho por razón de ese impuesto, debe devolverse a quien lo sufragó, es decir al señor Gutiérrez sin que al Departamento asista el más leve interés jurídico en relación con el aumento de tarifas que haya acordado el actor por motivo de esa Ordenanza".

Y de ahí que el Tribunal, a renglón seguido de lo que se acaba de transcribir, expresara:

"Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, impone al Departamento de Antioquia la obligación de devolver al señor Juan de J. o Juancho Gutiérrez y a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de mil ciento veinticuatro pesos con ochenta centavos ($ 1124.80), más los intereses legales de esta suma desde el día veinte (20) de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, fecha en la cual fue contestada la demanda".

Como ya hubo de indicarse el Fiscal del Tribunal apeló de este fallo, al paso que la parte demandante se abstuvo de hacerlo conformándose así dicha parte demandante con la condenación tal como la emitió el Tribunal Superior.

En el alegato presentado, en esta segunda instancia, por el señor Procurador Delegado en lo Civil, se observa, con razón a juicio de la Corte, que el punto relacionado con la competencia de esta superioridad para conocer del negocio está hoy fuera de discusión merced a lo resuelto por la Sala en el auto de 29 de octubre de 1942 cuando falló la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta ante el Tribunal Superior.

Por lo que respecta al fondo mismo del litigio, observa también el señor Procurador Delegado en lo Civil al terminar su alegación, que "el Honorable Tribunal no estudió el fondo del problema planteado por el señor Fiscal".

El mismo señor Procurador estima, por otra parte, que ha de revocarse la sentencia apelada, por lo ser jurídica, y absolverse, en tal virtud, al Departamento demandado.

Desde luego el señor Procurador pone de presente, y en ello resulta acorde con el pensamiento de la

Corte, que en el caso de autos es necesario notar que el Honorable Tribunal no logra refutar, en su sentencia, la argumentación hecha por el señor Fiscal. El fallo sólo dice, al respecto, que el Departamento ha reconocido su obligación de devolver las sumas percibidas en razón de aquel impuesto, según informe de la Contraloría General del Departamento, y que la Junta Departamental de Rentas autorizó al señor Superintendente de Rentas para devolver de los fondos de éstas los impuestos recibidos por el concepto mencionado'. Tales hechos nada significan, desde un punto de vista puramente jurídico. El Departamento mismo y la Junta Departamental de Rentas pudieron equivocarse al hacer algunas devoluciones por concepto del mismo impuesto de que aquí se trata. Ello no significa que jurídicamente estuvieron obligados a hacerlo. Debatido ahora el asunto judicialmente, es necesario que el fallador resuelva si **en derecho** está o nó obligado el Departamento a repetir lo pagado".

Cabe observar finalmente que el señor Procurador Delegado en lo Civil encuentra bien y reproduce **in extenso** parte considerable del alegato presentado al Tribunal por el señor Fiscal que actuó ante dicha corporación.

Y es que el señor Fiscal planteó en su alegato estas dos cuestiones fundamentales que son las que realmente surgen del proceso:

a). — Si la sentencia del Honorable Consejo de Estado de 26 de junio de 1934, que declaró nulo, entre otros, el artículo 8º de la Ordenanza número 37 de 1929 de la Asamblea Departamental de Antioquia tiene o nó efecto retroactivo; en términos tales que puede aplicarse el mismo criterio que para asuntos sujetos al derecho común, trae el artículo 1746 del Código Civil, o sea que, "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto ó contrato nulo".

b). — Si en el supuesto de existir tal retroactividad, hay lugar a reconocer a cargo del Departamento la obligación estricta de devolver al demandante los impuestos a él cobrados y no obstante que, según se ha sostenido, se trata de impuestos indirectos, llamados por su naturaleza misma a repercutir o trasladarse sobre el patrimonio de personas distintas a quien los cubrió al Departamento, o sea sobre personas distintas al demandante y merced a los conocidos fenómenos hacendísticos de la traslación y de la incidencia tributaria.

El señor Fiscal del Tribunal llega a la conclusión de que no existe la supuesta retroactividad en el caso de nulidad de derecho público de que se trata en este litigio, de manera que aboga por una solución negativa de la cuestión a) planteada antes.

Pero además sostiene que, aún en el supuesto de que tal retroactividad fuera jurídicamente aceptable; por tratarse aquí de un impuesto indirecto no hay cabida para admitir la devolución demandada.

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil acoge de manera principal al menos una de las tesis del señor Fiscal, nó la referente a la falta de retroactividad de la nulidad declarada, sino la concerniente al carácter de indirectos que atribuye a los impuestos de los cuales este juicio trata. En forma tal que, para rematar su alegato, se expresa así el señor Procurador:

"Creo suficiente las anteriores consideraciones para estimar demostrado:

"1). — Que el impuesto establecido por medio del artículo 8º de la Ordenanza número 37 en referencia, fue un impuesto indirecto.

"2). — Que el impuesto indirecto, en virtud del fenómeno de la traslación, no grava en definitiva a quien inmediatamente lo cubre, conforme a la jurisprudencia de esa Honorable Corte.

"3). — Que, por tanto, quien paga un impuesto indirecto no puede pedir la repetición de lo pagado si se declara nula la disposición que establecía el mismo gravamen.

"4). — Que el Honorable Tribunal no estudió el fondo del problema planteado por el señor Fiscal ni resolvió el litigio con criterio jurídico.

"Por lo expuesto solicitó atentamente que esa Honorable Sala revoque la sentencia recurrida y, en su lugar, absuelva al Departamento de Antioquia de los cargos formulados en la demanda del señor Gutiérrez".

Ahora bien: en relación con el trascendental problema de la retroactividad o irretroactividad de la anulación de los actos administrativos, respecto a fenómenos jurídicos ya cumplidos, ha de acogerse y prohijarse en este fallo la jurisprudencia sentada por esta Sala de Negocios Generales en sentencia de 19 de septiembre de 1938 que, en relación con el tema especial de devolución de impuestos indirectos, vino a rectificar la doctrina sostenida por la Sala de Casación Civil en sentencia definitiva de 23 de noviembre de 1928 (Gaceta Judicial, T. XXXVI, número 1828 de 26 de julio de 1930), sentencia esta última en la cual la aludida Sala de Casación Civil hubo de ordenar la devolución a los **expendedores** de los artículos respectivos, del importe de unos **impuestos de consumo,** impuestos éstos, que, como es bien sabido, son **impuestos típicamente indirectos,** y que habían sido cobrados merced a la aplicación de un Acuerdo Municipal del municipio de Medellín,

Acuerdo que luégo fue anulado por el Tribunal Administrativo.

En efecto: en la sentencia de la Sala de Negocios Generales, citada antes, de 19 de septiembre de 1938, y cuya doctrina en lo pertinente se reproduce ahora, se lee:

"La Corte en sentencia de fecha 23 de noviembre de 1928, dijo lo siguiente:

'.....
.....

'Si la sentencia que declara la nulidad de un acto de la autoridad o de una entidad de derecho público por ser violatorio de la Constitución, de la Ley o de una Ordenanza, según el caso, no tuviere el efecto de invalidar los hechos ejecutados en cumplimiento de tal acto a fin de que las personas lesionadas pudiesen exigir la reparación del agravio inferido, en cuanto ello fuese posible, la tutela constitucional y legal del derecho sería nugatoria en muchos casos. Los más graves atentados contra el derecho, como, verbigrácia, la confiscación de bienes, podrían llevarse a cabo irrevocablemente, en cumplimiento del acuerdo, ordenanza o acto que así lo dispusiera desconociendo la garantía que ofrecen la Constitución y la Ley'.

"No obstante lo anterior, en cada caso particular es necesario averiguar si es aplicable la doctrina expuesta, teniendo en consideración las características del tributo que se pretende repetir. Cuando se trata de impuestos indirectos no es posible decretar la devolución de ellos, como se verá a continuación.

"Los impuestos indirectos — dice Gámbara — se caracterizan por el hecho de que el contribuyente los anticipa al fisco, obteniendo el reembolso de ellos con el pago indirecto del gasto por otra persona. De manera que en estos impuestos, el contribuyente no es quien los paga en definitiva, sino el consumidor. Aquél tiene en cuenta para fijar el precio de la mercancía el valor del impuesto, que se recarga en contra del consumidor. Si se devolviera a un contribuyente la suma pagada por un impuesto indirecto que se ha declarado sin causa por la nulidad de la disposición que lo estableció, habría un caso de enriquecimiento sin causa en favor de dicho contribuyente y en contra de la respectiva entidad de derecho público, sin que los que sufragaron el impuesto, o sean los consumidores, obtuvieran el reembolso de las sumas erogadas. (Gaceta Judicial, T.XLVII, páginas 521 y siguientes)".

De forma que hoy toda cuestión en el presente litigio queda reducida a saber si los impuestos cuya devolución reclama el demandante son o nó **impuestos indirectos.**

Como ya se vio, el señor Procurador Delegado en lo Civil, sostiene de manera decidida que, en realidad, se trata de **impuesto indirecto.**

Por su parte la Corte, para poder llegar a la definición de este punto de la controversia y ya que la parte demandante sostiene a su turno que se trata de **impuestos directos,** habrá de estudiar el contenido mismo de la disposición de la Ordenanza departamental que estableció el impuesto en referencia.

En efecto, dicha disposición es del siguiente tenor:

"Artículo 8º — (Ordenanza número 37 de 1929).— En sustitución de los impuestos autorizados por el artículo 46 de la Ordenanza 58 de 1926 y por el numeral 4º del artículo 424, en armonía con el 425 del Código de Policía (Ordenanza 12 de 1927) créase el impuesto departamental de tránsito sobre todos los vehículos de ruedas que circulen en el Departamento, el cual será cubierto por el propietario del vehículo, por mensualidades anticipadas, según la tarifa siguiente:

Vehículos de tracción animal: coches de alquiler	$ 5.00
coches particulares	8.00
carros y carretillas con llantas adaptadas	3.00
con llantas de caucho firmes	2.00

Estas dos últimas clases de vehículos sufrirán un recargo de ciento por ciento (100 %) cuando no tengan resorte. — **Vehículos automotores para carga.**— Los vehículos automotores para carga pagarán a razón de cinco pesos por cada tonelada de capacidad. Parágrafo. — Cuando estos vehículos tengan llantas macizas, el impuesto se recargará en un ciento por ciento (100 %). — **Vehículos automotores para pasajeros.** — Los vehículos automotores para pasajeros pagarán a razón de siete pesos por cada tonelada de peso. Los automóviles pagarán a razón de cuarenta centavos por cada caballo de fuerza. — Parágrafo 1º Los vehículos de llantas metálicas, cualesquiera que sean su tamaño, uso y forma de tracción, pagarán un impuesto mensual de cincuenta pesos ($ 50). Parágrafo 2º Por cada trimestre que se anticipe el pago del impuesto se hará un descuento del cuatro por ciento (4 %).

Ahora bien: la transcripción que precede y cualquiera que sea el nombre específico que la Ordenanza le dé al impuesto de que aquí se trata, tal impuesto está muy lejos de ser un genuino impuesto indirecto, por su esencia misma llamado a trasladarse sobre la economía de personas distintas de aque-

llas que satisfacen directamente su valor a la administración pública.

Se trata, por el contrario y en concepto de la Corte, de un impuesto directo sobre la propiedad del vehículo respectivo. Varias razones, todas de suyo poderosas, militan para llegar a esta conclusión.

En primer término, según la transcripción hecha, la disposición establece que el impuesto "será cubierto por el propietario del vehículo" y sin instituír diferenciación, expresa al menos, entre vehículos particulares y vehículos destinados al servicio público.

Por otra parte, si se trata, por ejemplo, de vehículos automotores para carga, la cuantía del impuesto se fija en atención a su tonelaje de capacidad y al propio tiempo se establece que cuando estos vehículos tengan llantas macizas, el impuesto se recargará en un ciento por ciento (100 %).

Y si se trata, también, por ejemplo, de vehículos automotores para pasajeros, el pago se hará en razón a su tonelaje de peso, si bien en cuanto a los automóviles propiamente dichos el pago había de hacerse a razón de "cuarenta centavos por cada caballo de fuerza".

Se tiene además, por otro aspecto, que el pago debía hacerse por mensualidades **anticipadas** y que si se anticipaba un **trimestre** había lugar a un descuento del cuatro por ciento (4 %).

Impuesto que llena las características anotadas, es decir, en que se tiene en cuenta al propietario mismo del vehículo para cobrar a éste el impuesto; y las especificaciones de cada vehículo para determinar el importe del tributo; en que el pago se hace por períodos fijos, y aún anticipados por mensualidades, etc., no es, en manera alguna, y a juicio de la Corte, un impuesto indirecto sino un impuesto directo sobre la propiedad del vehículo.

En casos de la naturaleza del actual, de características tan definidas, en que el impuesto se cobra necesariamente a base de una lista nominativa de propietarios y de vehículos, la calificación del impuesto como impuesto directo es una calificación que parece incontrovertible, a la luz de la doctrina de los economistas y de los tratadistas de Hacienda Pública.

Es obvio por lo demás que, aun en el caso de impuestos directos, las personas gravadas que, con sus personales desembolsos, tienen que atender a su pago, tratan también de hacer incidir sobre extraños el todo o parte de esos impuestos, cual ocurre con el impuesto predial, por ejemplo, que es directo, y que el propietario cuando es arrendador del bien respectivo procura que la carga del impuesto se traslade al arrendatario en el importe mismo del canon de arrendamiento.

Casos hay, a la inversa, en los cuales el impuesto indirecto, por dificultades para su traslación a terceros tiene que ser **absorbido**, según el término usado por los economistas, por quien lo cubre directamente a la administración pública.

Mas tal ocurrencia no cambia la naturaleza misma de las cosas, toda vez que lo que le da por ejemplo a los impuestos de consumo, que son indirectos, esta calidad de indirectos, es principalmente el ánimo de quien lo establece, o sea de la entidad de derecho público, de gravar al consumidor mismo, nó al expendedor del artículo, o en otros términos, el querer tal entidad que el impuesto sea trasladado a dicho consumidor, y sin que haya de menoscabar este orden de cosas, de carácter jurídico propiamente dicho, el que circunstancias económicas especiales puedan de hecho entrabar o hacer eventualmente imposible, en parte al menos, el fenómeno de la traslación del tributo buscada y querida por el legislador.

De lo expuesto se sigue que aunque, por razones bien distintas a las que sirven de fundamento a la sentencia de primera instancia, hay lugar a la confirmación de dicho fallo, esto es, por cuanto se estima que en el presente asunto se trata de un impuesto directo.

En consecuencia, 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 dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Medellín el día 28 de marzo de 1944.

No hay lugar a condenación en costas.

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

(Firmados) **Aníbal Cardoso Gaitán, Germán Alvarado, Víctor Cock, Ramón Miranda, Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta,** Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR ACCIDENTE AEREO EN TRANSPORTE A CARGO DE LA NACION.—DAÑOS FUTUROS Y CONTINGENTES

1. — Cuando se trata de una actividad peligrosa, como la a que alude el proceso, son aplicables las reglas sobre transporte del Código Civil y del Código de Comercio, que imponen al transportador la obligación de llevar sano y salvo a su destino al pasajero, o la del artículo 2356 del C. C. que también establece la presunción de culpa.

2. — La Corte ha admitido la posibilidad de la prueba de perjuicios futuros que aparecen como eventuales y contingentes, siempre que la comprobación se configure sobre bases que autoricen a admitir la presunción como prueba. En varios fallos reconoció y declaró la Corte la existencia de perjuicios teniendo en cuenta el aumento que presumible y razonablemente se podía esperar en tales casos sobre los emolumentos que ganaba una persona cuando se produjo el accidente que causó el daño. Ni en esas sentencias, ni ahora, al aplicar el criterio allí expuesto, se ha pretendido ni se quiere generalizar un sistema para todas las hipótesis que haya daños futuros y contingentes. La materia es en sí muy delicada y por eso la Sala pone especial cuidado en la exposición de su pensamiento acerca de ella. Considera la Corte tan inconveniente y desacertado, y por ende tan injurídico, así el extremo consistente en negar en todos los casos la prueba del daño de esta clase, como la de admitir sin un criterio de severidad y control las deducciones a que en casos particulares se llegue sobre comprobaciones de la naturaleza contemplada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló así la demanda que contra la Nación propusieron la señora Emilia Posada de Vargas, en su propio nombre y como representante de sus menores hijos Susana, Guillermo, Jorge, Bernardo, Inés y Alejandro Vargas Posada:

"I. — Declárase que la Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios causados a la señora Emilia Posada v. de Vargas por la muerte del señor José María Vargas Posada, su hijo, acaecida en accidente de aviación ocurrido el día 27 de agosto de mil novecientos cuarenta y uno en la selva del sur de la república, jurisdicción del corregimiento de La Pedrera, Intendencia del Amazonas. — II. — Se procederá a la liquidación de los perjuicios materiales en la forma señalada por el artículo 553 del C. J., con observancia de lo dispuesto en el artículo 554 y teniendo en cuenta las normas señaladas en la parte motiva de este fallo, para la avaluación de los perjuicios, especialmente las transcripciones del fallo de la Honorable Corte Suprema sobre el particular. — III. — Condénase a la Nación a pagar además de los perjuicios que se relacionan en los puntos anteriores, a los demandantes, señora Emilia Posada viuda de Vargas y señores Alejandro, Emilia, Enrique, Susana, Guillermo, Jorge, Bernardo e Inés Vargas Posada, los perjuicios morales subjetivados (sic) sufridos a consecuencia de la muerte del señor José Miguel Vargas Posada, en el accidente de aviación ya mencionado, en cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00), así: a la señora Emilia Posada de Vargas madre del pre-nombrado señor, la suma de mil seiscientos pesos ($ 1.600.00) y a cada uno de los señores hermanos del extinto, ya nombrados, la suma de cincuenta pesos ($ 50.00). — IV. — Se absuelve a la Nación del pago de perjuicios materiales en cuanto dice relación a los demandantes, hermanos de la víctima, señores Alejandro, Emilia, Enrique, Susana, Guillermo, Jorge, Bernardo e Inés Vargas Posada. — V. — Igualmente se absuelve a la Nación de intereses reclamados en las súplicas respectivas de la demanda; y — VI. — No hay lugar a costas".

De este fallo apelaron las dos partes interesadas en el juicio.

En la segunda instancia el asunto recibió el trámite legal, y después de producidas las pruebas que solicitó el apoderado de los demandantes y recibidos los alegatos del abogado de los actores y del señor Procurador Delegado en lo Civil y cumplidos los demás requisitos de rigor se puso el negocio en estado de recibir el fallo correspondiente.

Los hechos que dan origen al juicio, según la demanda, son éstos:

"Primero. El día veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, el avión marca "Ford", número seiscientos cuarenta y cuatro (644), que viajaba entre el municipio de Leticia y la Base Aérea llamada Tres Esquinas, en las regiones del sur de la república, se cayó en la selva, destruyéndose por completo, lo cual ocurrió en jurisdicción del corregimiento de La Pedrera, de la Intendencia del Amazonas. — Segundo. El avión mencionado pertenecía a la Nación, estaba destinado por el Gobierno Nacional para el servicio oficial de transporte en las regiones del sur de la república, y se usaba en tal servicio por cuenta de la Nación, y, en todo caso, dicho avión se encontraba al cuidado de la Nación el día del referido siniestro. — Tercero. En el momento del siniestro, el avión hacía uno de sus viajes reglamentarios y estaba manejado por dependientes de la Nación. — Cuarto. Entre las personas que viajaban en el avión mencionado se encontraba el señor José Miguel Vargas Posada, quien pereció en el siniestro. — Quinto. El citado José Miguel Vargas Posada desempeñaba al morir un cargo público al servicio de la Nación y en el momento del siniestro viajaba en diligencias propias de su cargo, y, en todo caso, con autorización oficial. — Sexto. José Miguel Vargas Posada murió soltero y sin dejar descendientes de ninguna clase, y era hijo legítimo del doctor Luis Vargas Vásquez y de doña Emilia Posada de Vargas, de los cuales sobrevivió únicamente esta última que es mi mandante en el juicio que se inicia mediante esta demanda. — Séptimo. Le sobrevivieron también a José Miguel Vargas Posada sus hermanos legítimos, Alejandro, Emilio, Enrique, Susana, Guillermo, Jorge, Bernardo e Inés Vargas Posada, mis mandantes también. — Octavo. Doña Emilia Posada de Vargas es persona de buena posición social por su educación, por la rectitud de su conducta y la de sus familiares y por la clase social a que pertenece, pero es persona ya inhabilitada para trabajar, y completamente insolvente, y, por lo tanto, sin medios propios para atender a su subsistencia personal y la subsistencia y educación de sus hijos, que son los hermanos menores que dejó José Miguel Vargas Posada. — Noveno. Alejandro Vargas Posada, hermano de José Miguel Vargas Posada, como se ha dicho, és persona enferma, casi completamente inhabilitada para trabajar y carece de medios propios de subsistencia. — Décimo. Emilia Vargas de Pardo y Enrique Vargas Posada son personas de buena educación, pero muy pobres, pues no tienen otro medio de subsistencia que su esfuerzo personal. — Undécimo. Los demás hermanos de José Miguel Vargas Posada, o sean, Susana, Guillermo, Jorge, Bernardo e Inés Vargas Posada, son menores de edad que se encuentran todavía en edad escolar, completamente insolventes, y, por consiguiente sin ninguna clase de medios propios para atender a su subsistencia, educación y establecimiento. — Duodécimo. José Miguel Vargas Posada era una persona muy joven, pero estaba ya trabajando, y estaba dotado de muy buenas condiciones físicas, de salud, profesionales, intelectuales, morales y sociales. — Décimotercero. José Miguel Vargas Posada constituía ya un apoyo evidente, material y moral, para su madre y para sus hermanos, y, en todo caso, estaba obligado a prestarles ese apoyo de acuerdo con la ley y constituía, por sus magníficas condiciones personales, una evidente seguridad de ayuda económica para sus hermanos en el porvenir".

En derecho se fundó la demanda en los preceptos del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual; en la ley 89 de 1938 sobre aeronáutica; y subsidiariamente en las disposiciones del Título XII del Libro Cuarto del Código Civil.

Considera el Tribunal aplicable al caso la presunción de culpa a cargo de la Nación por haber ocurrido la muerte del señor Vargas Posada cuando éste era transportado en un avión de propiedad del Estado y conducido por pilotos del Ejército Nacional. Se trata de una actividad peligrosa y a ella son aplicables las reglas sobre transporte del Código Civil y del Código de Comercio, que imponen al transportador la obligación de llevar sano y salvo a su destino al pasajero, o la del artículo 2356 del C. C. que también establece la presunción de culpa. Que la parte demandada no ha alegado ni probado ningun exhonerante de responsabilidad. Por lo cual debe declararse civilmente responsable a la Nación.

El señor Procurador Delegado en lo Civil estima probado el accidente aéreo de que se trata, que el avión era de la Nación y que lo conducían empleados nacionales; que en el accidente perdió la vida el señor José Miguel Vargas Posada, y que los demandantes son su madre y sus hermanos legítimos.

"No hay en el expediente — dice el señor Procurador' — bases para afirmar que el accidente en referencia se produjo debido a fuerza mayor que exonerara de responsabilidad a la Nación; por otra parte, en casos análogos esa Honorable Corte ha sentado doctrina — transcrita por el fallo de primera instancia — de que cuando el daño se produce en ejercicio de una actividad peligrosa, se presume la culpa del autor del daño por aplicación del artículo 2356 del Código Civil. Por tanto, presumiéndose

la culpa de la parte demandada, según aquella jurisprudencia, me limitaré a tratar en este alegato lo relacionado con los perjuicios que se reclaman".

Los hechos y las circunstancias tocantes con el siniestro de aviación en que pereció el señor Vargas Posada los encuentra la Corte acreditados plenamente, como pasa a explicarse. El apoderado de los demandantes solicitó, dentro del término probatorio, una certificación del Ministerio de Guerra, la que fue despachada en oportunidad y aparece a folios 22 a 27 del cuaderno número 2. La respuesta afirmativa del Ministerio a los puntos marcados con las letras a), b), c) y d) de la primera parte del cuestionario establecen claramente: que en virtud de las constancias que existen en las dependencias del Ministerio, es cierto que el día 27 de agosto de 1941 el avión marca Ford, número 644, que viajaba entre el municipio de Leticia y la base aérea llamada Tres Esquinas, en las regiones del sur de la República, se cayó en la selva, destruyéndose por completo; que el siniestro mencionado ocurrió en jurisdicción del corregimiento de La Pedrera, Intendencia del Amazonas; que el mencionado avión pertenecía a la Nación el día del accidente y que estaba destinado por el Gobierno Nacional al servicio oficial de transportes en las regiones del sur de la República; que se hallaba al cuidado de la Nación el día del siniestro; que al momento del accidente el avión hacía uno de sus viajes reglamentarios y estaba manejado por empleados de la Nación, los pilotos Mayor Alvaro Almeida y Capitán Jacobo Wiesner; que entre las personas que viajaban en el avión mencionado se encontraba el señor José Miguel Vargas Posada y que éste pereció en el siniestro.

Está de acuerdo la Sala con el Tribunal y con el parecer de la Procuraduría al considerar que se configura en este juicio la presunción de culpa establecida en el artículo 2356 del C. C. y que la jurisprudencia viene reconociendo en numerosas sentencias. Se trata de una actividad peligrosa ejercitada por la Nación y por tanto pesa sobre ella la presunción de culpa en el siniestro y en la muerte de José Miguel Vargas Posada. No ha acreditado — ni intentó — la entidad pública demandada demostrar que el caso subjudice se halla comprendido en los tres únicos eximentes de responsabilidad que en situaciones como la contemplada autoriza la ley, o sea que el siniestro se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, o por culpa de la víctima. La ausencia de esta demostración obliga a la Corte a aplicar la presunción de culpa ya indicada, y a concluír, en consecuencia que en ella incurrió el Estado colombiano.

No está demás anotar cómo hay en el proceso comprobaciones directas, que acreditan sin necesidad de presumirla, la culpa de la Nación, A folios 2 v. y siguientes del cuaderno número 2 se halla una copia auténtica, expedida por el Ministerio de Guerra, del informe rendido por la Dirección General de Aviación sobre el accidente de Tres Esquinas. Allí se lee: "Autoridad que ordenó o autorizó el vuelo: Dirección General de Aviación. Radio número A. B — 4727 — 0. Número de la orden de vuelo: 81—7. Estado del tiempo en el lugar y hora de salida: Bueno. — Estado del tiempo en el lugar y hora del accidente: Bueno — 8 — Descripción completa de cómo ocurrió el accidente incluyendo las causas que lo motivaron hasta donde puedan conocerse: De acuerdo con las declaraciones se apagó el motor derecho, acto seguido falló el motor izquierdo; el copiloto aceleró el motor central e intentó un viraje sobre el ala izquierda para buscar el río Caquetá. Cuando iba en este viraje el ala izquierda chocó contra un árbol, como consecuencia el avión giró sobre el plano izquierdo hasta invertirse la máquina y en esta colocación y con un ángulo de 75 chocó contra tierra sobre el motor central. Las causas que motivaron el accidente, según los resultados de las investigaciones hechas, se debió únicamente a la falta de gasolina. — 14 — Distribución proporcional de los factores que influyeron en el accidente, calculada por porcentaje. (El total de porcentaje tendrá que dar ciento 100 %). A) Piloto (por descuido) 50 % — B) Piloto (por inexperiencia) 10 %.— H) Circunstancias locales 15 %. — I) Otros factores 10 %. — J) Culpa indefinible 15 %. — Observaciones y recomendaciones de la comisión investigadora del accidente: Fijar en cada máquina un cuadro en que se especifique: 1) Capacidad de los tanques de gasolina del avión. 2) Consumo del motor o motores".

El accidente se produjo pues debido a la falta de gasolina, lo que acusa una imprevisión manifiesta del personal de aviación que tenía a su cargo el manejo del avión y su aprovisionamiento. Este solo motivo, en concepto de la Sala, y si la culpa del Estado no se presumiese, sería bastante para deducir la culpa en que incurrió la Nación en el siniestro.

José Miguel Vargas Posada había de trasladarse por orden superior de Leticia a Florencia y se hallaba al servicio de la Nación el día en que el siniestro ocurrió. El 27 de agosto de 1941 tuvo lugar el accidente y el señor Vargas debía estar en Florencia desde el primero de septiembre: en el viaje para el tránsito de Leticia a Florencia falleció. Todo esto lo acreditan los documentos autorizados por el

Director General de la Fuerza Aérea, Teniente Coronel Arturo Lema Posada, y por el Jefe del Departamento de Personal del Ministerio, Teniente Coronel Ricardo Bayona P., que pueden verse a folios 6 y 7 del cuaderno número 2.

El señor Vargas Posada murió en un accidente de trabajo por hallarse al servicio del Estado cuando aquel se produjo; pero como él era un empleado civil, no le alcanzaban los beneficios de la legislación especial concedidos por las leyes militares para casos de muerte por accidentes; pues cuando el siniestro ocurrió no se había expedido aún el Decreto-Ley 1123 de 1942 que vino a reconocer, en sus artículos 53 y siguientes algunas prestaciones sociales al personal civil de las fuerzas militares. Esta consideración pone de manifiesto no ser necesario estudiar en este asunto la relación en que se hallan o pueden hallarse la legislación común sobre responsabilidad y la especial sobre lo mismo establecida en ciertas leyes, como las militares.

Refiriéndose el Tribunal a los perjuicios que se cobran dice: "Pero cabe observar aquí que en cuanto a los perjuicios materiales que reclaman los demandantes hermanos del citado señor José Miguel y en cuanto dice relación a éstos, no se ha demostrado en autos la existencia de esos perjuicios, como quiera que no se comprobó la ayuda material que el citado señor les prestaba directamente a sus citados hermanos y que ahora éstos vinieron a perder con su fallecimiento. En autos corre la constancia de que el nombrado José Miguel Vargas Posada le remitía a su madre sumas de dinero como ayuda material que le prestaba, de las cuales indirectamente es presumible que podían aprovecharse también los hermanos menores del extinto que estaban a cargo de la madre, pero no los mayores, respecto de los cuales, se repite, no hay constancia de esa ayuda material. De suerte que con respecto a los hermanos falta uno de los elementos para producir la responsabilidad: perjuicio sufrido. Y por esta razón sus peticiones, referentes a perjuicios materiales no podrán ser despachadas de conformidad".

La Sala está de acuerdo con el Tribunal en la apreciación que hace de que la ayuda que José Miguel Vargas le prestaba a su madre beneficiaba indirectamente a sus hermanos menores y que nada autoriza en el expediente a estimar que a los mayores les prestara un apoyo independiente José Miguel distinto del que daba a su madre.

Por esta consideración la Corte no ha de reconocer la existencia de daño material ocasionado con la muerte de José Miguel Vargas Posada a sus hermanos.

En cuanto al daño material sufrido por la demandante señora doña Emilia Posada de Vargas hay en el proceso varios documentos traídos para acreditarlo, a los cuales debe la Sala contraer su examen. También el señor Procurador Delegado en lo Civil hace lo propio respecto de esas pruebas.

En el folio 7 v. del cuaderno número 2 se encuentra un certificado expedido por el Gerente del Banco de la República que dice: "Certificamos: Que examinados nuestros archivos correspondientes al año de 1941, aparece que la Agencia de Leticia efectuó los siguientes giros telegráficos a favor de la señora Emilia Posada de Vargas por cuenta del señor José Miguel Vargas: Número 932 de 17 de julio de 1941 por $ 20.00. — Número 1011 de 23 de agosto de 1941 por $ 20.00. — Bogotá, 14 de abril de 1943. — Banco de la República. — Gerencia. — Julio Caro".

Este documento comprueba de modo fehaciente que el joven José Miguel Vargas Posada venía remitiendo periódicamente una cantidad de dinero a su madre.

El señor Procurador observa que esos dos giros no prueban que esa ayuda fuera constante y fija, de donde deduce que no puede aceptarse como demostrado que el señor Vargas Posada pasara mensualmente a sus familiares dicha suma. La Corte estima, en desacuerdo con el señor Procurador, que la circunstancia de haber acaecido la muerte del joven Vargas Posada cinco días después de enviar a su madre el último giro telegráfico (éste fue despachado el 23 de agosto y el accidente se produjo el 27), y de hallarse también en el expediente la prueba de que en el mes anterior, casi por la misma fecha, el 17 de julio, hizo también otro giro a su madre, por igual suma, está demostrando la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir esa actitud de ayuda económica para su madre, ayuda que presumible y razonablemente hubiera contiuado prestando en lo sucesivo, si la muerte de José Miguel no lo hace imposible.

El señor Procurador Delegado en lo Civil hace una crítica que la Corte comparte por encontrarla acertada, respecto de dos documentos que figuran en los autos: un certificado de la Compañía de Cementos Portland Diamante (f. 15 v., c. número 2), y una declaración del señor Manuel Merizalde, sobre los cuales documentos se expresa así la Procuraduría: "El certificado expedido por la Compañía "según el cual el señor José Miguel Vargas Posada trabajó en la fábrica de Apulo de aquella Compañía durante dos años devengando en promedio un sueldo de cien pesos mensuales. Quien expide este certificado no es un funcionario público ni está autorizado por la

ley para expedir certificados sobre los hechos que le constan en el ejercicio de sus funciones; por tanto, esté certificado no tiene ningún valor probatorio como documento oficial. Tiene, pues, el valor de una declaración particular. Pero sucede que esa declaración no ha sido rendida en debida forma, no ha sido tomada con citación y audiencia de la contraparte para que hubiera la posibilidad de un contrainterrogatorio y, sobre todo, el declarante no prestó el juramento que la ley exige. Por consiguiente, a esta certificación no se le puede conceder tampoco el valor probatorio de una declaración. Carece, pues, de todo mérito probatorio". — Manuel Merizalde afirma que José Miguel Vargas Posada llegó a devengar sueldo de cien a doscientos pesos, "por haberle ayudado personalmente a conseguir distintos puestos" (f. 10, c. número 2)". Observa con razón la Procuraduría que "el único declarante que trata de precisar la suma que devengaba el señor Vargas Posada es el señor Merizalde, pero su dicho está en plena contradicción con el certificado expedido por el Ministerio de Guerra según el cual el sueldo del señor Vargas Posada, a tiempo de morir, era apenas de ochenta y cinco pesos con treinta y nueve centavos en total. La declaración de un solo testigo tiene un valor probatorio muy relativo, tanto más si no expresa la razón de sus afirmaciones. Por consiguiente, respecto al sueldo devengado por el señor Vargas Posada hay que atenerse a lo certificado por el Ministerio".

La certificación a que se refiere la Procuraduría aparece al folio 27 v. del cuaderno número 2 del expediente. La Corte está de acuerdo con el Procurador al considerar que solamente existe demostrado en el juicio el sueldo que devengaba José Miguel Vargas Posada al tiempo en que murió, testificado oficialmente por el Ministerio del ramo donde aquel trabajaba. Los datos sobre otros emolumentos devengados antes por José Miguel no alcanzan a constituír prueba conforme a la ley. Por lo cual ha de estarse a la ya comentada certificación del Ministerio referente al sueldo que devengaba el señor Vargas cuando falleció.

Haciendo la Procuraduría el cómputo, o más propiamente señalando las bases que hayan de tenerse en cuenta para efectuarlo, sobre la indemnización a que tenga derecho la madre del occiso en concepto de perjuicio material futuro, calculado sobre el sueldo de José Miguel Vargas Posada, limita dicho cómputo a la base fija e inmodificable del sueldo que recibía Vargas cuando murió, sin admitir la posibilidad de considerar una asignación mayor, que correspondiese a la que hubiera obtenido razonablemente por su trabajo, en un porvenir más o menos próximo, si no hubiese fallecido en el accidente. No comparte la Sala este criterio tan absoluto y rígido, porque a su juicio, aunque los razonamientos del señor Procurador, que van a verse en seguida, son muy interesantes y dignos de la mayor consideración, sin embargo la tesis por él sustentada conduce, en opinión de la Sala, al desconocimiento de una realidad que si no es actuante en el momento en que se falla, sí es presumible jurídicamente hacia el futuro. Ya en otras ocasiones ha aplicado la Corte este criterio en la estimación de la prueba.

La Procuraduría dice refiriéndose al punto en cuestión: "Uno de los requisitos del perjuicio es que sea **cierto** y no eventual. El perjuicio cierto (único que da derecho a una reparación) puede ser eventual o futuro. El daño causado en un bien de nuestro patrimonio, del cual no obteníamos rendimiento alguno, es un perjuicio actual. Es un perjuicio futuro aquel que, lesionando un derecho actual existente, se prolonga en el tiempo, como cuando se deja de percibir una suma de dinero que ingresaba a nuestro patrimonio en forma periódica. Pero todo perjuicio futuro tiene que tener una base en la realidad existente a tiempo de causarse el daño. Por eso, podría decirse que el perjuicio futuro es el mismo perjuicio actual que se proyecta sobre el porvenir. Aceptando que el señor Vargas Posada ayudaba económicamente a su madre como lo revelan los dos giros mencionados, hay que aceptar que ella sufrió un perjuicio cierto y futuro con la muerte de su hijo; pero ese perjuicio no puede valorarse sino teniendo en cuenta el perjuicio sufrido por la madre al causarse el daño. Hay que estudiar el daño actual para poder saber cuál fue ese daño en el porvenir. Ese daño no fue otro que la ayuda económica que su hijo le prestaba, pero teniendo en consideración únicamente el sueldo que devengaba cuando sobrevino el accidente en que perdió la vida. Suponer que más tarde ganaría mejores sueldos, que obtendría más amplios rendimientos con su trabajo y que ayudaría a su madre en forma más cuantiosa, todo eso cae en el campo de las meras conjeturas e hipótesis. Ese no es un perjuicio cierto y futuro sino un perjuicio eventual; y el perjuicio eventual no da derecho a una indemnización".

La Corte tuvo oportunidad de estudiar ampliamente la difícil y delicada cuestión que plantea el señor Procurador, al dictar sentencia en el juicio de Julic S. Cuervo y otro contra la Nación (Gaceta Judicial, números 1998 y 1999) y también al proferir el fallo en el juicio de David Mac Allister y otros contra la Nación; en ambas providencias se admite la posibilidad de la prueba de perjuicios futu-

ros que aparecen como eventuales y contingentes, siempre qua la comprobación se configure sobre bases que autoricen a admitir la presunción como prueba. En aquellas sentencias la Corte reconoció y declaró la existencia de perjuicios teniendo en cuenta el aumento que presumible y razonablemente se podía esperar en tales casos sobre los emolumentos que ganaba una persona cuando se produjo el accidente que causó el daño.

En el primero de esos fallos dijo la Corte, también refiriéndose a observaciones que entonces formulaba la Procuraduría, lo que pasa a verse:

"Situada por el señor Procurador Delegado en lo Civil la consideración del presente pleito en el punto tocante con la determinación del daño y su prueba, el que estima no estar acreditado por no ser real y cierto, ha de detenerse la Sala en el examen de este aspecto interesante y fundamental del asunto. El solo reparo sobre la contingencia del perjuicio futuro que se reclama, que hace difícil la certidumbre en el particular, no es por sí sólo verdadero para desestimar, como infundada jurídicamente, la pretensión de la demanda. Los ilustres tratadistas Henri y Leon Mazeaud expresan lo que sigue en su obra denominada **"Traité theorique et practique de la responsabilité civil delictuelle et contractuelle"**: "Al exigirse que el perjuicio sea cierto, se quiere decir que no debe ser simplemente hipotético o eventual. Es preciso que el juez tenga la certidumbre de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera ejecutado el acto que se le imputa. Pero importa poco que el perjuicio de que se queja la víctima sea ya realizado o deba realmente producirse en el porvenir. Ciertamente cuando el perjuicio es actual, no hay dificultad: su existencia no deja lugar a duda. Pero un perjuicio futuro puede tener los mismos caracteres de certidumbre: a menudo las consecuencias de un acto son inevitables; ese acto debe necesariamente arrastrar un perjuicio en lo futuro. No hay, pues, que distinguir entre el perjuicio actual y el futuro, sino entre el perjuicio cierto y el eventual e hipotético. Muy delicada es la cuestión de saber si el perjuicio material causado a una persona por la muerte o incapacidad para el trabajo que sufre otra, es cierto, es hipotético. Ante todo, puede suceder que el demandante sea acreedor alimentario (tenga derecho a pedir alimentos) del difunto o incapacitado. El carácter de certidumbre del daño en ese caso es indudable. Es cierto en efecto que si la persona no hubiera muerto o el herido no se hubiera incapacitado o disminuído su capacidad de trabajo, aquella o el herido hubieran subvenido a las necesidades del demandante. Este último habría podido, en efecto, constreñirlos en caso de necesidad".

Admiten los citados expositores la posibilidad de que se pruebe y llegue a ser cierto un perjuicio que aparece como eventual y contingente y precisamente enfocan un caso que tiene notoria analogía con el que es materia de este juicio: el de que si una persona no hubiese muerto, otra habría recibido asistencia económica de la primera. Esta verdad, aceptada por la doctrina de los autores merece analizarse a la luz de algunas consideraciones sacadas de nuestra jurisprudencia y basadas en la legislación patria.

"Son frecuentes las construcciones jurisprudenciales colombianas en que entra como fundamento la probabilidad de presunción. La **probabilidad,** capaz de convertirse en certidumbre, se aplica ya por la jurisprudencia cuando calcula la vida **probable** de una persona. Supervivencia que deduce de reglas naturales: una persona sana, de cierta edad, **puede** sobrevivir x años, porque las personas de esas condiciones viven generalmente x años. Pero no hay certeza acerca de la supervivencia, no hay seguridad de que la persona de que se trata viva todo el tiempo que se supone. Si se aplicara el sistema de la certeza absoluta, aquellas deducciones de los jueces serían infundadas, porque sobre la contingencia de la vida humana nada firme se puede construír. Al admitirse así la vida **probable,** para ciertos cómputos, se acepta también un factor de incertidumbre en la entidad del daño.

"Del mismo modo, en los cómputos que hoy se hacen ordinariamente, entra en juego para calcular la asistencia económica que una persona esté en capacidad de dar a otra, la circunstancia contingente, pero fundada en la naturaleza humana, de que aquella persona contraiga obligaciones nuevas, como las que emanan del matrimonio, y disminuya de ese modo las posibilidades económicas anteriores, respecto de terceros. La doctrina tiene en cuenta ese evento para deducir, de antemano, dentro de esas posibilidades, lo que corresponde a los compromisos que el nuevo y probable estado matrimonial cause en obligado a reparar un perjuicio civil. Y si existen otros casos de probabilidad, que inciden en la determinación del daño, reconocidos por la jurisprudencia. Si ésta ha venido admitiendo tales factores de incertidumbre, impuestos por la razón, con idéntico criterio y atendiendo a reglas análogas nacidas de la naturaleza de los actos de los hombres, repetidos y constantes, debe examinarse otro género de probabilidad casi necesaria, impuesta por la biología humana: el de la ayuda que los hijos prestan a los padres en su invalidez y anciani-

dad para deducir de ella determinadas consecuencias.

"Cuando se contemplan algunos casos concretos, de relación de asistencia de padres a hijos, se siente el ánimo inclinado a reconocerles fuerza, aunque fuese de excepción, dentro de la regla general que ha venido rigiendo la jurisprudencia y la doctrina respecto de la certidumbre del daño.

"El derecho se estructura y evoluciona al influjo de los casos que solicitan su confrontación con las normas jurídicas, para que éstas no sean letra muerta en presencia de apremiantes requerimientos de la justicia eminente que palpita en la entraña de la situación contemplada.

"Uno de los casos es el ya enunciado, de la desaparición de la vida de una persona, por culpa de otra, y cuando la primera se hallaba en circunstancias de producir económicamente y de ayudar a la atención de las necesidades de otra u otras ligadas a ella por vínculo estrecho de consanguinidad. Siendo, desde luego, un elemento muy importante el de la proximidad en que se encontraba la persona fallecida de producir para las necesidades de sus familiares. Porque no es lo mismo el caso de un niño que fallece, que el de un adulto, en relación con sus padres. En el niño es muy lejana, remota y por tanto improbable la circunstancia de que él llegue a constituír un factor de ayuda económica para sus padres. Mas si se trata — como en el presente pleito — de un hombre ya formado, educado, y con una carrera profesional, hay que admitir que su estado al morir es muy inmediato al de una producción de importancia, para la cual precisamente se preparó en largos años de estudio. E interesa también considerar la clase de relaciones que efectivamente exista entre el hijo y sus padres. Pues si ellos fueron asiduos forjadores de su personalidad y su carrera, por sus desvelos y privaciones, con el propósito de que el hijo estuviese mejor preparado para la vida, hay motivos que inducen a pensar, con mayor probabilidad de acierto, que si el hijo no hubiese fallecido, al entrar a producir o aumentar su producción en oportunidad muy inmediata, habría correspondido al desvelo de sus padres y al imperativo de las leyes de la sangre, asistiéndolos o ayudándolos económicamente.

"¿Qué faltaría al caso que se examina para que entrañase un daño real y cierto, rígida y tradicionalmente configurado? Que el hombre fallecido hubiese alcanzado a producir, a devengar un sueldo o emolumento, al momento en que su deceso sobrevino, pequeño como el que devengaba Cuervo ($ 3.00 diarios como jornal) o mayor, aunque más adelante dejase de producir por cualquier causa. Hay que reconocer que tal circunstancia es realmente accidental, vista por ese solo aspecto. El hombre ya mejor dotado, con mejores conocimientos, provisto de los elementos de lucha que da una carrera profesional, está por ello sólo en aptitud esencial de producir en proporción a su capacidad, aplazada únicamente por un tiempo breve necesario para el establecimiento profesional. Su no establecimiento anterior y su consiguiente improductividad momentánea, no pueden ser considerados como un motivo descalificador de su productividad próxima que se espera e impone como una consecuencia necesaria de su formación en una carrera lucrativa.

"Si se examina con cuidado el fenómeno, se encuentra que en realidad él no implica una excepción a las reglas probatorias sobre certeza del daño. El daño es cierto, real y se acredita por medios naturales y legales. Naturales, porque la inducción filosófica que lleva a la certidumbre se asienta en razones sacadas del obrar del hombre, constante y repetido, en circunstancias idénticas. Legales, porque a establecerlo concurre el medio probatorio de la presunción, previsto en la ley sobre el cual es oportuno hacer aquí algunas consideraciones.

"Uno de los modos de prueba conocidos por nuestra legislación, en el Capítulo VI, Libro II, Título XVII del Código Judicial, es el de las presunciones. Por medio de ellas, en las condiciones previstas por la ley, se pueden acreditar los hechos de una demanda y fundar la prueba para una decisión judicial.

"Qué sea la presunción en materia de pruebas, es cuestión que se deduce del contenido del artículo 66 del Código Civil: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos". Luego la presunción exige: un antecedente conocido, un razonamiento y un hecho resultante de este último. Demogue expresa que la presunción es una consecuencia que se saca, por vía de suposición, de un hecho conocido, para llegar a otro desconocido. La presunción la hace la ley o la deduce el Juez en casos concretos.

"Un reputado expositor colombiano, el doctor Antonio Rocha, hace en su libro **De la Prueba en Derecho**, muy interesantes observaciones, entre ellas, éstas: "Presunción, tanto quiere decir como **gran sospecha**, decían las Partidas. Este concepto sigue siendo verdad. La sospecha puede llegar a tener un valor de plena convicción para el Juez, o ser muy débil y entonces no convencer. Pero la importancia de la presunción no es tanto por su valor probatorio, que en ello sigue más o menos la misma técnica de convicción sino por ser prueba indirecta o dispensar de la carga de la prueba al favorecido con la "gran sospecha".....; otros dicen que viene de

la palabra latina **preasumere**, tomar antes, porque por la presunción se toma o tiene por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben..... Es en este sentido como se tiene la presunción por prueba **indirecta**. Pero no es rigurosamente aceptable lo que decían los autores antiguos de que es un "prejuicio sin prueba", pues siempre hay que probar algún hecho, del cual se deduce o se supone que es cierto otro hecho el que importa hacer valer en juicio. En efecto, y esto es muy importante subrayarlo, la fuerza de la presunción depende de la **certeza del hecho conocido y de su relación con lo desconocido**..... La dispensa de la carga de la prueba en el favorecido con una presunción es, pues, apenas parcial y respecto del hecho **deducido**, pues es, indudablemente, el que interesa demostrar. Pero no resulta favorecido sino probando otros hechos, aquellos que, siendo ciertos, hacen creíble el segundo hecho. Esta situación es, pues, muy cómoda en las presunciones llamadas legales, porque la ley las establece, como las que nos han servido hasta ahora de ejemplo; tratándose de presunciones legales, como es la ley la que deduce la consecuencia, se está seguro de la deducción. Pero no sucede lo mismo con las presunciones de **hombre** o **simples** o **judiciales**, así llamadas porque no es la ley sino el hombre quien en la vida práctica las establece o las aplica cuando es juez. Entonces es más insegura la deducción, porque depende de muchos factores de raciocinio, de leyes naturales o sociales constantes que, dada la continuidad o regularidad con que se producen, le dan a la deducción de un caso particular la probabilidad de haber sucedido.

"Siempre se parte de un hecho que debe demostrarse; ese es el hecho conocido, para que vuele la inteligencia y por medio de la dialéctica llegue a una conclusión..... En la presunción hay siempre una consecuencia que establece la ley, o, en su caso, el Juez, mediante un razonamiento: la observación de lo que comúnmente sucede, dada la constancia de las leyes naturales físicas, químicas, económicas, sociales, etc., **ex eo quod plerunque fit** (de aquello que sucede generalmente), esa observación, decimos, **permite prever unas mismas consecuencias de unos mismos hechos, procederes o actividades semejantes de iguales situaciones**". (Subraya la Sala).

"Volviendo al caso contemplado por esta sentencia, resulta evidente que en él concurren los requisitos que la técnica procesal exige para que se configure la presunción como prueba.

"El hecho conocido de donde se parte, se forma de varios términos: existencia anterior al acto culposo, de la víctima Marcos Cuervo Ruiz; el hecho culposo mismo, consistente en la falta de previsión de la empresa constructora del acueducto, para evitar en sus instalaciones accidentes como el de que se trata: el siniestro; las relaciones de parentesco consaguineo en el primer grado entre los demandantes en el pleito y la víctima en el accidente; la asistencia para educación que los padres le prestaban al hijo, prolongada en un lapso de varios años. La prueba sobre este hecho conocido y múltiple es completa y satisfactoria. Con base en él se hace un razonamiento para deducir otro hecho desconocido: el de cómo se habrían cumplido las relaciones económicas entre los padres y el hijo, si éste continúa viviendo según la trayectoria que llevaba cuando su muerte se produjo y que lo había colocado ya en estado de producir con su profesión emolumentos u honorarios de importancia.

"El hecho desconocido se halla también formado de dos términos: la utilidad o provecho que hubiese derivado de su profesión el señor Cuervo Ruiz y la posibilidad de que aplicara parte de ello a la atención de las necesidades de sus padres.

"Estando plenamente acreditado el primer hecho, hay que detenerse a considerar el razonamiento necesario para llegar a la deducción que implica el hecho que se supone demostrado con la presunción. En este raciocinio entran en juego factores de pura dialéctica y características singulares que señalan de modo concreto el caso en cuestión. Pues no se pretende generalizar deducciones para todas las hipótesis en que haya un daño futuro y contingente.

"Los requisitos técnicos del razonamiento, que le dan una base científica, consisten en afirmarlo sobre la existencia de las leyes generales y constantes de la naturaleza humana, ya que de conformidad con ellas el hombre que se halla respecto de sus padres en la situación en que se encontraba Cuervo Ruiz respecto de los suyos procede generalmente en la forma de procurarles asistencia en los años de su ancianidad o invalidez, hallándose esa persona en condiciones de productividad económica que le permitan hacerlo. Los motivos de orden singular tocantes con el señor Cuervo Ruiz, que fundamentan asímismo el razonamiento, y se hallan demostrados, se reducen principalmente al poder de producción que su profesión le habría de dar, como se lo otorga de ordinario a todos los profesionales, y las condiciones de buen hijo de familia, vinculado a sus padres, con quienes convivía en relaciones de filial afecto.

"Alterada por obra del hecho culposo que dio origen a este pleito la normal proyección hacia el futuro del señor Cuervo Ruiz; demostradas sus condiciones de capacidad y de formación técnica que lo habilitan

para ser un elemento importante de producción de riqueza; probados los vínculos de afecto con sus progenitores; siendo una regla general de la conducta de los hombres colocados en las circunstancias vistas, en que se hallaba Cuervo Ruiz en sus relaciones con sus padres, la de atender a las necesidades de éstos al disponer de medios para ello; es una presunción debidamente fundada la que se hace al pensar que si Cuervo Ruiz no fallece como resultado del accidente, habría atendido a sus obligaciones naturales de dar asistencia y apoyo a sus padres; presunción y consecuencia estructuradas severamente dentro de la rigidez que impone la ciencia probatoria, pues con ella no se hace otra cosa sino deducir de las leyes más generales y constantes de la naturaleza, de suponer, según la expresión de Demogue, cuál habría sido la conducta del señor Marcos Cuervo Ruiz frente a sus obligaciones de hijo en relación con sus padres, que le habían dado a él todo su empeño para formarlo en una profesión lucrativa.

"La consecuencia se ajusta al presupuesto del artículo 664 del Código Judicial, que asigna a una sola presunción el carácter de plena prueba si a juicio del Juez tiene caracteres de gravedad y precisión para formar su convencimiento. Tales requisitos se llenan, por la entidad del caso en sí mismo y la conexión de él con el hecho, casi necesario, humanamente considerado, y que se deduce por la presunción.

"La prueba indirecta de presunción, que por su índole, según se ha visto, releva de la carga de la prueba directa respecto al hecho deducido, se satisface plenamente en este caso, hasta donde ello es posible en el campo de las deducciones, cimentadas en una regla general y constante, y en las circunstancias personales existentes entre la víctima y sus padres".

Como ya se expresó por la Corte en el fallo que en parte se ha transcrito, ni entonces ni ahora, al aplicar el criterio allí expuesto, se ha pretendido ni se quiere generalizar un sistema para todas las hipótesis en que haya daños futuros y contingentes. La materia es en sí muy delicada y por eso la Sala pone especial cuidado en la exposición de su pensamiento acerca de ella. Considera la Corte tan inconveniente y desacertado, y por ende tan injurídico, así el extremo consistente en negar en todos los casos la prueba del daño de esta clase, como la de admitir sin un criterio de severidad y control las deducciones a que en casos particulares se llegue sobre comprobaciones de la naturaleza contemplada.

En el caso que resolvió la sentencia de la Corte referente a la indemnización de perjuicios demandada por los padres del señor Marcos Cuervo Ruiz, la complejidad del asunto era aún mayor que en el presente en que la madre del joven José Miguel Vargas Posada reclama reconocimiento de perjuicios por causa de su muerte. Allá, como se ha visto, fueron dos los puntos a los cuales la Sala aplicó la presunción como prueba para acreditarlos:

"Se reducen principalmente al poder de producción que su profesión le habría de dar, como se lo otorga de ordinario a todos los profesionales, y las condiciones de buen hijo de familia vinculado a sus padres, con quienes convivía en relaciones de filial afecto".

En el caso ahora en estudio, esta última circunstancia se halla, como en el otro, ampliamente acreditada, y además se demuestra en el proceso que el joven Vargas Posada contribuía efectivamente con parte de los emolumentos que devengaba en Leticia, a la sustentación de su madre. En el caso del señor Cuervo ese aporte económico no era actual, no operaba al momento en que él falleció. La Corte estimó, sin embargo, por las razones ya vistas, que había fundamentos bastantes para presumir jurídicamente que ese apoyo se habría dado por el hijo a sus padres, si aquel no hubiese fallecido en el siniestro que le originó la muerte. Y admitió la Corte el que pudiera tenerse en cuenta para apreciar la productividad futura de Marcos Cuervo Ruiz el presumible empleo que de sus aptitudes y de su formación técnica habría hecho aquel si no hubiese fallecido. El señor Vargas Posada devengaba al morir un sueldo de ochenta pesos, en números redondos, y pasaba a su madre la cuarta parte de tal asignación. Estructurada de esta suerte una proporción que él mismo estableció entre lo que era su sueldo y lo que enviaba a su madre, se habrían mantenido entre ellos relaciones económicas cuando menos proporcionales a aquellas; y que por consiguiente al aumentar las asignaciones el hijo aumentaría también, proporcionalmente, la destinación de una parte para atender a las necesidades de la madre.

El proceso tiene una comprobación plena, admitida por el señor Procurador, acerca de la absoluta pobreza en que vive la madre del joven Vargas Posada, señora viuda, que tiene además a su cargo graves obligaciones familiares referentes al sustento y educación de otros hijos, fuera de sus necesidades propias, que son, según los autos lo acreditan, las que corresponden a una dama de buena posición social.

Es de presumir que el hijo de la señora Emilia Posada de Vargas, si viviese, por sus vínculos de afecto y de sangre para con ella estaría atendiendo, en la medida de sus posibilidades, al deber de ayudarla y de contribuír con su peculio profesional a la sa-

tisfacción de esas necesidades ineludibles. Y que a ello aplicaría, en todas circunstancias, un mínimum de la cuarta parte de sus emolumentos, cualesquiera que ellos fuesen.

¿Cómo se podría estimar hoy ese emolumento futuro del joven Vargas Posada? La Corte considera que para la estimación de él debe tenerse en cuenta lo que normalmente, de ordinario, obtiene por su trabajo una persona de las condiciones de Vargas Posada; es decir, no un profesional, que no lo era éste, a diferencia de Cuervo Ruiz, que se hallaba preparado para la vida en forma distinta; sino situándolo en el radio corriente en que se desenvuelven las aptitudes de un joven tan bien dotado física e intelectualmente como Vargas Posada, sirviendo empleos de naturaleza análoga a la que desempeñaba cuando murió, pero admitiendo, como es obvio, que, ese desempeño correcto de tales aptitudes lo colocaría en situación de merecer ascensos o mejoras por sus servicios.

La sentencia del Tribunal limitó a dos mil pesos el monto de los perjuicios morales subjetivos en favor de la señora Emilia Posada viuda de Vargas y de los hermanos de la víctima del siniestro. Tal limitación no es jurídica, en el parecer de la Sala, como así lo ha declarado en varias oportunidades, y con razones en las cuales se halla unificado el pensamiento de las dos Salas Civiles de la Corte, la de Casación y esta Sala. Aplicando la Corte la facultad que le otorga el artículo 95 del C. P., ha de declarar en favor de la señora de Vargas, por perjuicios morales subjetivos, una condena, a cargo del demandado por la cantidad de dos mil pesos, y la de quinientos pesos por cada uno de los hermanos de José Miguel, Alejandro, Emilia, Enrique, Susana, Guillermo, Jorge, Bernardo e Inés Vargas Posada.

No hay lugar al pago de perjuicios morales objetivados por por no haberse acreditado en el juicio su existencia.

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, REFORMA así la sentencia de primera instancia:

Primero. — Declárase que la Nación es civilmente responsable de la muerte del señor José Miguel Vargas Posada ocurrida en accidente de aviación el día 27 de agosto de 1941, en el sur de la República, jurisdicción del corregimiento de La Pedrera, Intendencia del Amazonas.

Segundo. — Condénase in genere a la Nación a pagar a la señora Emilia Posada viuda de Vargas los perjuicios materiales causados a ella con la muerte de su hijo José Miguel Vargas Posada. El monto de tales perjuicios se liquidará por el procedimiento establecido en los artículos 553 y siguientes del C. J., teniendo en cuenta al hacerlo las bases y consideraciones consignadas en la parte motiva de este fallo.

Tercero. — Absuélvese a la Nación del pago de perjuicios materiales, por la misma causa señalada en el punto anterior, a los demandantes Alejandro, Emilia, Enrique, Susana, Guillermo, Jorge, Bernardo e Inés Vargas Posada.

Cuarto. — Condénase a la Nación a pagar, por perjuicios morales subjetivos la cantidad de dos mil pesos moneda legal a la demandante señora Emilia Posada viuda de Vargas, y la de quinientos pesos moneda legal a cada uno de los actores en el juicio, Alejandro Vargas Posada, Emilia Vargas de Pardo, Enrique Vargas Posada, Susana Vargas Posada, Guillermo Vargas Posada, Jorge Vargas Posada, Bernardo Vargas Posada e Inés Vargas Posada.

Quinto. — Se absuelve a la Nación del pago de perjuicios morales objetivados.

Sexto. — También se absuelve a la Nación del pago de intereses reclamado en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Aníbal Cardoso Gaitán—Germán Alvarado—Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna—Nicolás Llinás P., Srio.

INFLUENCIA DE LA ACCION PENAL EN EL PROCESO CIVIL

El artículo 24 del Código de Procedimiento Penal contiene la regla general que gobierna la materia referente a la cuestión de saber ante qué jurisdicción debe ejercitarse la acción civil reparatoria del daño privado que tiene su fuente en la comisión de un delito o culpa, al disponer que se ejercerá dentro del proceso criminal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos. Sin embargo, si el perjudicado no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo que hace a la indemnización, puede ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos señalados para la prescripción de la acción. (Artículo 25, ibídem). Este nuevo ordenamiento contiene una excepción al principio general en cuanto permite proponer la acción reparatoria fuera de la actuación penal, como recurso separado. Se ha sostenido que de acuerdo con el anterior texto la solución del proceso penal debe anteceder necesariamente al ejercicio de la querella civil; o, en otros términos, que sólo cuando aquel ha sido fallado definitiva e irrevocablemente es cuando la persona perjudicada por el hecho ilícito adquiere la capacidad jurídica necesaria para resolver si se conforma o no con la indemnización acordada en la decisión del Juez penal y de proponer entonces la demanda correspondiente ante la jurisdicción en lo civil, pero siempre y cuando que no hubiere intervenido en los trámites del debate criminal. En apoyo de tales tesis se invoca el contenido del artículo 27, el cual confirma la regla general establecida en el 24. En realidad, un examen cuidadoso de los textos citados y su relación con otros del Código de Procedimiento Penal, llevan a la Sala a una conclusión distinta, o sea, a la de que no es imprescindible para proponer y abrir la controversia civil o administrativa aguardar a conocer las resultas del juicio penal respecto a la indemnización del daño; y que, por el contrario, los dos órdenes de recursos — el penal para la sanción de la culpa o el delito y el civil para la satisfacción patrimonial del daño privado — pueden ejercitarse paralelamente, sin obstáculo de ningún género.

En muchas ocasiones éste será el único procedimiento posible. Tal ocurre, por ejemplo, en los casos en que la indemnización se reclama por el hecho de un tercero. Entonces no habrá lugar a que el perjudicado persiga el pago del daño contra el autor de la infracción, dentro del proceso penal, sino que deberá forzosamente demandarlo por la vía civil al obligado por la ley a responder por el acto de la persona que causó el perjuicio. Por tanto, si el autor del delito o la culpa es un funcionario público, es lógico que el perjudicado o sus herederos no podrán, como parte civil dentro del debate penal, obtener reparación ninguna de la Administración, desde luego que ésta es por completo extraña al proceso criminal y, por consiguiente, el fallo que por tal vía llegara a proferirse — como es obvio — no puede recaer directamente en persona distinta del autor del hecho ilícito, ya para los efectos de la penalidad o bien para deducir la responsabilidad personal de carácter civil a que hubiere lugar. Para obtener que se le indemnice por la Administración la víctima sólo podrá ejercitar la querella ante el Juez Civil competente, para que se le deduzca la responsabilidad como obligada a reparar la actividad delictual o culposa de su agente, sujeto activo de la infracción. En el caso de responsabilidad por riesgo acaece igual fenómeno, de manera que la actuación en el litigio civil, aunque vinculada al penal en sus consecuencias no le está necesariamente subordinada en cuanto al tiempo de su proposición. (Artículos 287 y 29, ibídem). Pero aun sin esto, es indudable que el artículo 11 contempla en su primera parte un caso de precedencia de la acción civil con respecto a la penal; y en su segundo miembro el de coincidencia temporal de las dos acciones. Que éstas pueden seguir un curso paralelo es indudable, desde luego que al aceptar la tesis carecería de objeto la norma en cita por cuanto establece que no se fallará la controversia civil o administrativa mientras la justicia penal no hubiere pronunciado un sobreseimiento

o dictado sentencia definitiva con carácter de irrevocable. De los términos mismos del texto aparece claro que no se trata de la regla excepcional del artículo 27, referente a las contravenciones sino precisamente de los casos en que el enjuiciamiento tiene su fundamento en una violación de la ley penal. Solamente entonces surge el problema de resolver la cuestión prejudicial por el precepto contenido en el artículo 11.

Sentado lo anterior, o sea que no es ni legal ni jurídicamente forzoso esperar los efectos del proceso penal para que la víctima del delito o sus sucesores puedan presentar ante la jurisdicción civil la querella enderezada a obtener la reparación de los perjuicios, es obvio que no puede tener cabida dentro de este último una pretendida excepción de petición antes de tiempo para enervarla o ponerle término.

Otra cosa ocurría bajo el imperio del artículo 39 de la Ley 169 de 1896, pero era que esa ley establecía expresamente que la acción civil se suspendiera hasta la resolución en firme del juicio criminal.

Conforme a ese artículo era el ejercicio mismo de la acción civil el que se suspendía o paralizaba mientras estaba pendiente el enjuiciamiento penal, y de ahí que pudiera considerarse prematura la demanda de reparación del daño. Pero el artículo 11, contiene una regulación jurídica distinta, en cuanto admite la concurrencia en el tiempo de los dos juicios y únicamente ordena al Juez civil o administrativo suspender el procedimiento porque el fallo en la acción criminal puede influír en la decisión de la controversia que esté bajo su conocimiento. Ya la Corte definió el punto y fijó nítidamente el alcance de esa norma.

La ley sólo ha querido y previsto que en el evento contemplado por la Corte la actuación civil se suspenda, en una palabra, que no se decida antes de que exista un pronunciamiento con título definitivo e irrevocable por parte de la jurisdicción que tiene la competencia legal de fijar la responsabilidad del indiciado penalmente. No que el proceso civil termine, que es cosa enteramente distinta; y de ahí que la actuación idónea para alcanzar los fines de la ley no puede ser la de reconocer la existencia de una pretendida excepción de petición antes de tiempo, porque ello equivaldría a declarar que la demanda civil ha sido prematuramente instaurada, lo cual no es jurídicamente exacto, como se ha visto, desde luego que no hay obstáculo procesal de ningún géne para que se ejerciten simultáneamente los d juicios. No siendo, pues, legalmente funda este medio procesal, habrá que buscar un s tema distinto que, conforme con los propós tos de la ley, al mismo tiempo que impida colisión entre los dos fallos, produzca simpl mente el efecto de suspender temporalmen el negocio civil, para poderlo reabrir una v conocida la decisión firme del Juez del crime

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios G nerales. — Bogotá, agosto veintinueve de mil n vecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

En su vista fiscal de fecha 23 de febrero últim el señor Procurador Delegado en lo Civil solicit que se suspendiera la tramitación del presente ju cio hasta que la parte actora acredite que en la ac ción penal adelantada por la misma causa se ha dic tado auto de sobreseimiento o sentencia definitiv irrevocable.

Este pedimento fue resuelto por el Magistrad sustanciador doctor Isaías Chaves, ordenando tener lo en cuenta por la Sala al tiempo de fallar y dis poniendo continuar los trámites procesales hasta l citación para sentencia y la celebración de audien cia pública (auto de 13 de marzo del corriente año)

Como ha llegado la oportunidad prevista en la an terior providencia, se procede a resolver la solicitud de suspensión, previas las consideraciones que si guen:

En el presente juicio ordinario la señora Elvia Ramírez de Caicedo y su hijo menor Vidal Alvino Caicedo demandaron a la Nación por los perjuicios que sufrieron con motivo de la muerte del señor Vidal Caicedo, ocasionada por un disparo de revólver hecho por el detective al servicio de la Policía Nacional, señor Carlos Alberto Sáenz.

En sentencia de 21 de febrero de 1944, el Tribunal Superior de Bogotá negó las solicitudes de la demanda fundado en que no se demostró que la muerte de aquel ciudadano se debiera al hecho del detective, ni que éste en el momento del acontecimiento estuviera en actividades propias de su cargo oficial ni que, finalmente, su conducta hubiera sido imprudente.

Estima el Agente del Ministerio Público que mientras no se defina por la justicia penal la causa de la muerte de Caicedo, y la consiguiente responsabilidad del detective Sáenz en aquel hecho, no puede la Corte en esta segunda instancia pronunciar una decisión de fondo respecto a la indemnización

los perjuicios que en la demanda se cobran a la ación.

El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal spone en su última parte que si el fallo que co- esponde dictar en el proceso penal pudiera influír n la solución de la controversia civil o administra- va, se suspenderá ésta, salvo disposición legal en ntrario, hasta que se pronuncie auto de sobresei- iento o sentencia definitiva irrevocable. Es de dvertir que en el presente juicio existe la prueba e que se dictó por el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día 21 de mayo de 943, auto por medio del cual se llamó a responder n juicio criminal por los trámites en que intervie- he el jurado a Carlos Alberto Sáenz por el delito de homicidio perpetrado contra Vidal Caicedo Luna, mediante una herida causada con arma de fuego.

De acuerdo con los antecedentes relatados, es evi- dente que se está dentro de los presupuestos de la disposición en cita (artículo 11 del Código de Pro- cedimiento Penal) ya que la decisión que llegara a adoptar el Juez penal sí puede influír en la solución del proceso civil, por cuanto éste se funda en el he- cho delictuoso o culposo del detective Sáenz, y la reclamación de perjuicios civiles que al Estado se hace en el carácter de empleado nacional que tuvie- ra al tiempo de ejecutar el ilícito. Existe, pues, una cuestión prejudicial que resolver como base de la indemnización que se reclama para la reparación del daño civil a los herederos de la víctima.

La apreciación de cuándo las resultas de la inves- tigación pueden influír o no en el litigio de carácter civil o administrativo lo deja la ley a la prudencia del juzgador para los efectos de que provea suspen- der la actuación hasta que se defina en forma irre- vocable la situación del enjuiciado criminalmente. De otro lado, y en armonía con este precepto, es- tablece el artículo 28 que la acción civil no podrá proponerse — ni por consiguiente seguir su curso si ya hubiese sido propuesta, según lo ha resuelto la ju- risprudencia — cuando en el proceso penal se haya declarado por providencia definitiva ejecutoriada, que la infracción en que se funda aquélla no se ha reali- zado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Desde luego, no obsta para la aplicación de los textos anteriores la circunstancia de que el juicio ci- vil para la reparación del daño se adelante no pre- cisamente contra el autor del ilícito sino contra la persona o entidad obligada a responder por él, como ocurre en el caso de autos en que se demandó a la Nación con causa en la actividad de un funciona- rio a su servicio.

De acuerdo con lo anterior, la Sala habrá de ac- ceder a la solicitud de suspensión formulada por el señor Procurador Delegado en lo Civil y dispondrá que se traigan las piezas necesarias para satisfacer las exigencias de la Ley de Enjuiciamiento Penal (artículo 11 citado).

Para mayor ilustración de la materia, la Corte ha- brá de expresar las razones que la inclinan a adop- tar la solución anterior, con la cual rectifica algu- nas de sus anteriores doctrinas relativas a la influen- cia de la acción penal en el proceso civil, especial- mente en cuanto al problema de carácter procedi- mental que con este motivo se plantea.

En primer lugar se examinará la cuestión de saber ante qué jurisdicción debe ejercitarse la acción ci- vil reparatoria del daño privado que tiene su fuen- te en la comisión de un delito o culpa. El artículo 24 del Código de Procedimiento Penal contiene la re- gla general que gobierna la materia, al disponer que se ejercerá dentro del proceso criminal por la per- sona o personas perjudicadas o por sus herederos.

Sin embargo, si el perjudicado no hubiere inter- venido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo que hace a la indemnización, pue- de ejercer ante los jueces civiles la acción correspon- diente, dentro de los términos señalados para la pres- cripción de la acción (artículo 25, ibídem). Este nue- vo ordenamiento contiene una excepción al princi- pio general, en cuanto permite proponer la acción reparatoria fuera de la actuación penal, como recur- so separado. Se ha sostenido que de conformidad con el anterior texto la solución del proceso penal debe anteceder necesariamente al ejercicio de la que- rella civil; o, en otros términos que sólo cuando aquel ha sido fallado definitiva e irrevocablemente es cuan- do la persona perjudicada por el ilícito adquiere la capacidad jurídica necesaria para resolver si se con- forma o no con la indemnización acordada en la de- cisión del Juez penal y de proponer entonces la de- manda correspondiente ante la jurisdicción en lo ci- vil, pero siempre y cuando que no hubiere interveni- do en los trámites del debate criminal. En apoyo de tales tesis se invoca el contenido del artículo 27, el cual prescribe — confirmando la regla general es- tablecida en el 24 — que cuando la infracción provie- ne de una simple contravención tiene el interesado expedito el camino para intentar la acción reparato- ria civil sin sujeción a la penal.

En realidad, un examen cuidadoso de los textos que acaban de citarse y su relación con otros del Có- digo de Procedimiento Penal, llevan a la Sala a una conclusión distinta, o sea a la de que no es impres- cindible para proponer y abrir la controversia civil o administrativa aguardar a conocer las resultas del

juicio penal respecto a la indemnización del daño; y que, por el contrario los dos órdenes de recursos — el penal para la sanción de la culpa o el delito y el civil para la satisfacción patrimonial del daño privado — pueden ejercitarse paralelamente, sin obstáculo de ningún género.

En muchas ocasiones éste será el único procedimiento posible. Tal ocurre, por ejemplo, en los casos en que la indemnización se reclama por el hecho de un tercero. Entonces no habrá lugar a que el perjudicado persiga el pago del daño contra el autor de la infracción, dentro del proceso penal; sino que deberá forzosamente demandarlo por la vía civil al obligado por la ley a responder por el acto de la persona qué causó el perjuicio. Por tanto, si el autor del delito o la culpa es un funcionario público, lógico es que el perjudicado o sus herederos no podrán, como parte civil dentro del debate penal, obtener reparación ninguna de la Administración desde luego que ésta es por completo extraña al proceso criminal y por consiguiente el fallo que por tal vía llegara a proferirse — como es obvio — no puede recaer directamente en persona distinta del autor del ilícito, ya para los efectos de la penalidad o bien para deducirle la responsabilidad personal de carácter civil a que hubiere lugar.

Para obtener que se le indemnice por la Administración la víctima sólo podrá ejercitar la querella ante el Juez civil competente, para que se le deduzca la responsabilidad como obligada a reparar la actividad delictual o culposa de su agente, sujeto activo de la infracción. En el caso de responsabilidad por riesgo acaece igual fenómeno, de manera que la actuación en el litigio civil, aunque vinculada al penal en sus consecuencias no le está necesariamente subordinada en cuanto al tiempo de su proposición. (Artículos 287 y 29, ibídem). Pero aun sin esto, es indudable que el artículo 11 contempla en su primera parte un caso de precedencia de la acción civil con respecto a la penal; y en su segundo miembro el de coincidencia temporal de las dos acciones. Que estas pueden seguir un curso paralelo es indudable, desde luego que al aceptar la tesis contraria carecería de objeto la norma en cita por cuanto establece que no se fallará la controversia civil o administrativa mientras la justicia penal no hubiere pronunciado un sobreseimiento o dictado sentencia definitiva con carácter de irrevocable. De los términos mismos del texto aparece claro que no se trata de la regla excepcional del artículo 27, referente a las contravenciones sino precisamente de los casos en que el enjuiciamiento tiene su fundamento en una violación de la ley penal. Solamente entonces surge el problema de resolver la cuestión prejudicial planteada por el precepto contenido en el artículo 11.

Sentado lo anterior, o sea que no es ni legal ni jurídicamente forzoso esperar los efectos del proceso penal para que la víctima del delito o sus sucesores puedan presentar ante la jurisdicción civil la querella enderezada a obtener la reparación de los perjuicios, es obvio que no puede tener cabida dentro de este último una pretendida excepción de petición antes de tiempo para enervarla o ponerle término.

Bajo la vigencia del artículo 39 de la Ley 169 de 1886 la jurisprudencia optó siempre por el procedimiento de admitir y declarar probada aquella excepción cuando se incoaba la demanda civil antes de que hubiera sido definitivamente fallada la acción criminal. Pero era que esta ley, expresamente establecía que la acción civil se suspendiera hasta la resolución en firme del juicio criminal.

"La acción civil para la reparación del daño puede intentarse por el interesado en el mismo juicio criminal, sin necesidad de constituírse acusador, y se decidirá en la sentencia que ponga fin al juicio criminal.

Puede también intentarse por separado ante el Juez que sea competente en lo civil, y en este caso el ejercicio de la acción civil estará suspenso hasta que se haya fallado definitivamente sobre la acción criminal, sea que se intente antes o después de incoada ésta. Pero por los cuasi delitos o culpas puede intentarse acción civil para indemnizar el daño, sin sujeción a lo criminal".

Como se ve, **es el ejercicio mismo de la acción civil** el que se suspende o paraliza mientras esté pendiente el enjuiciamiento penal, y de ahí que pudiera considerarse prematura la demanda de reparación del daño.

Pero el artículo 11, contiene una regulación jurídica distinta, en cuanto admite la concurrencia en el tiempo de los dos juicios y únicamente ordena al Juez civil o administrativo suspender el procedimiento porque el fallo en la acción criminal puede influír en la decisión de la controversia que está bajo su conocimiento. La Corte ha definido el punto y fijado nítidamente el alcance de esta norma cuando dice:

"El Título II del Libro I del Código de Procedimiento Penal da las normas reguladoras de la jurisdicción y competencia en este ramo. Es ésta una jurisdicción atribuída exclusivamente a los funcionarios penales, a quienes encomienda la ley la imputación de los delitos y la fijación de las penas a los responsables, previo cumplimiento de los requisitos procesales indispensables, para llegar a una condenación de este género. A los jueces civiles les está ab-

solutamente vedado el conocimiento de los juicios criminales, y por tanto ellos no pueden, sin usurpar jurisdicción, establecer, dentro del proceso civil, el cuerpo del delito y la imputabilidad consiguiente. La acción de resarcimiento de perjuicios por responsabilidad delictual está subordinada a la imputación proferida por un Juez del crimen, y es ésta la prueba que es preciso llevar al juicio civil para obtener la indemnización pedida".

Ahora bien, la ley sólo ha querido y previsto que en tal evento la actuación civil se suspenda, en una palabra, que no se decida antes de que exista un pronunciamiento con título definitivo e irrevocable por parte de la jurisdicción que tiene la competencia legal de fijar la responsabilidad del indiciado penalmente. No que el proceso civil termine, que es cosa enteramente distinta; y de ahí que la actuación idónea para alcanzar los fines de la ley no puede ser la de reconocer la existencia de una pretendida excepción de petición antes de tiempo porque ello equivaldría a declarar que la demanda civil ha sido prematuramente instaurada, lo cual no es jurídicamente exacto como se ha visto, desde luego que no hay obstáculo procesal de ningún género para que se ejerciten simultáneamente los dos juicios. No siendo pues, legalmente fundado este medio procesal, habrá que buscar un sistema distinto, que, conforme con los propósitos de la ley, al mismo tiempo que impida la colisión entre los dos fallos, produzca simplemente el efecto de suspender temporalmente el negocio civil, para poderlo reabrir una vez conocida la decisión firme del Juez del crimen. Por lo que dentro de este orden de ideas encuentra su exacta aplicación el artículo 11, tantas veces mencionado, si a solicitud de parte como ocurre en el negocio **sub judice,** u oficiosamente por la Sala se decreta suspender el trámite del esunto, o sea la abstención de dictar un pronunciamiento de fondo hasta tanto no concluya la actuación penal y se traigan al expediente las constancias correspondientes con fuerza definitiva o la sentencia con carácter de firme.

Como consecuencia y mediante la aplicación de las reglas comunes habrá de hacer uso el juzgador de su facultad de allegar a los autos aquella prueba indispensable, como que es la base insustituíble del pronunciamiento que debe proferir en relación con la responsabilidad civil del demandado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —. Sala de Negocios Generales — resuelve:

1º — Suspender el presente juicio hasta que se dicte sentencia definitiva con carácter de irrevocable en el proceso penal que se adelanta contra Carlos Alberto Sáenz por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Vidal Caicedo Luna, en esta ciudad, el 31 de agosto de 1942.

2º — Solicítese del Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá copia de la sentencia a que se refiere el punto anterior, si ya se hubiera dictado; y, en caso contrario, el mismo Tribunal enviará dicha copia una vez dictada la sentencia y tuviere ésta el carácter de firme.

Notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

(Fdos.) **Belisario Agudelo. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás P.,** Srio.

NO SE REVOCA EL AUTO RECURRIDO

Corte Suprema de Jusiicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre once de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda).

El señor apoderado de la demandante en el presente juicio ha pedido reposición del auto de fecha 29 de agosto último, por medio del cual esta Sala, con aplicación del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, ordenó suspender la actuación mientras se dicta sentencia definitiva e irrevocable en el proceso criminal que se sigue contra Carlos Alberto Sáenz por el delito de homicidio y vienen al juicio las piezas correspondientes.

Estima el recurrente que el caso resuelto por medio de la providencia objeto de la reposición no está dentro de los contemplados por las disposiciones del Código de Enjuiciamiento Penal que sirvieron de sutentación a la Sala para dictar este pronunciamiento. Sostiene, en efecto, que la base del juicio civil instaurado contra la Nación para la indemnización de los perjuicios sufridos con motivo de la muerte del señor Vidal Caicedo Luna no es la del delito cometido por Carlos Alberto Sáenz, sino la culpa o la imprudencia de la Nación. La síntesis de sus argumentos aparece del siguiente pasaje de su alegato:

"Además, el artículo 11 se refiere al caso en que el autor del daño y la persona que lo sufre, sean también actor y reo en el proceso civil; pero si alguna o algunas de esas personas son extrañas a las consecuencias del delito, no habría razón lógica para considerar que deba suspenderse el proceso criminal. Proceder en contrario sería denegar justicia".

Para la Corte no existe esta pretendida distinción entre dos órdenes de actuación según que se trate de que la actuación civil reparatoria del perjuicio esté siguiéndose contra el mismo individuo autor del delito o contra quien está obligado a responder civilmente por las consecuencias del ilícito. Las palabras de la ley no permiten semejante distinción; para ésta, de acuerdo con las voces del artículo 11 del Código basta que concurran una investigación criminal y una controversia civil o administrativa, para que estas últimas se suspendan cuando el fallo penal pueda influír en la solución del juicio que se sigue por la vía civil o administrativa. La única excepción a esta regla es la de que la ley misma haya estatuído en contrario, circunstancia que no ocurre en el caso **sub judice.**

El principio general que domina la materia es el contenido en el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el cual la acción para el resarcimiento del daño causado por el delito o la culpa se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos. La posibilidad de que la demanda civil se presente ante una jurisdicción distinta es, en la realidad de las cosas, una excepción y de ahí que la misma ley haya previsto el caso de que por seguirse separadamente las dos acciones puedan presentarse soluciones distintas, y precisamente para evitarlo ha determinado de manera expresa que se suspenda la actuación en lo civil hasta que recaiga una decisión del juez penal, determinativa de la responsabilidad del autor del acto. Esto es muy lógico, ya que el delito o la culpa es la fuente inmediata de la obligación de indemnizar el perjuicio causado; y es así, a pesar de que en el juicio civil no se reclame directamente del autor del acto la indemnización a que hubiere lugar sino que ésta se haya demandado de la persona obligada por la ley a responder por él, conforme a las prescripciones del Código Civil. La vinculación inmediata que debe existir entre el hecho culposo o delictuoso y la obligación de reparar el daño no se destruye, ni puede destruírse, porque una persona distinta del responsable penalmente sea la indicada por la ley como obligada en las resultas de la acción civil reparatoria. Si por ejemplo, el proceso penal concluye con la declaratoria de que la infracción en que el juicio civil se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, no podría pretenderse que el litigio civil terminara con una condenación en contra de la persona obligada por aquella que fue exonerada en el juicio penal de toda responsabilidad como sujeto activo del ilícito. si así se hiciera, habría dos fallos contradictorios, que es justamente el conflicto que la ley ha querido evitar mediante el procedimiento de la suspensión, a fin de dar lugar al pronunciamiento por el Juez en lo criminal, que es el único capacitado legalmente para estatuír sobre la imputabilidad del hecho y señalar la responsabilidad de su autor.

No puede, pues, desvincularse la resolución de la controversia penal del debate civil o administrativo por el hecho de que en aquél se persiga al sujeto activo del delito o la culpa y en éste a la persona obligada a reparar el daño. Aplicando estos principios al caso de autos resulta que habiendo sido demandada la Nación para el pago de los perjuicios que sufrieron los sucesores de Vidal Caicedo con motivo de la muerte de éste a manos de un agente del Estado, no puede ponerse en duda la influencia de la acción penal en el proceso civil, desde luego que si en la primera se declarara — valga el ejemplo — que el delito no fue cometido por el detective Sáenz sino por una persona distinta desaparecería como consecuencia inexorable, el título que tienen los actores para reclamar de la Nación las indemnizaciones cuyo pago se demanda, fundadas precisamente en la ocurrencia del hecho imputable a un individuo por cuyas actividades oficiales debe responder aquélla. Y no vale que se diga — como lo dice el recurrente— que la responsabilidad de la Nación se compromete simplemente por la mala elección del Agente o por la negligencia en vigilar su conducta, porque es siempre el hecho delictual o culposo el generador de la obligación de indemnizar, desde luego que si éste no existe o si su autor no es el indicado en la demanda, la absolución del reo en el proceso civil es inevitable.

El mismo recurrente lo reconoce así cuando expresa: "En suma, para que la acción civil o administrativa deba suspenderse hasta tanto se falle el asunto penal, es necesario que haya entre los dos procesos una relación de causa a efecto, es decir, que si se destruye la acción principal que es la penal, la consecuencial que es la civil, cae también por su misma naturaleza".

La última parte de su alegación la hace consistir el recurrente en el hecho de que el proceso penal que se adelanta contra Carlos Alberto Sáenz ha sido objeto de demoras injustificadas, que desde luego perjudican gravemente la solución del proceso civil que ante esta Sala se sigue para la reparación del perjuicio. Pero por lo que hace a este aspecto del problema, o sea a la razón de conveniencia invocada para que no se suspenda la presente actuación procesal no se encuentra en realidad ningún fundamento para revocar la providencia dictada en tal sentido. Si los jueces penales por circunstancias que la Sala desconoce no han cumplido con su deber de tramitar dentro de los términos legales el negocio a su cuidado, le queda a los interesados abierto el camino de presentar su queja ante la Procuraduría General de la Nación, o adoptar las medidas que estime necesarias para evitar que continúe ese estado anormal de cosas.

Sin mérito para otras consideraciones y por lo expuesto hasta aquí, la Sala de Negocios Generales no accede a revocar y no revoca el auto recurrido.

Notifíquese, cópiese.

(Fdos.) **Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás P.**, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PETROLEOS. — COSA JUZGADA

La cosa juzgada tiene por objeto alcanzar la certeza en el resultado de los litigios, definir concretamente las situaciones de derecho, hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado. Si la función jurisdiccional busca el fin — tanto dentro del campo del derecho privado como en el del público — de dirimir con autoridad los conflictos que suscita la actividad de los particulares o de los funcionarios de la Administración, es claro que aquel objeto no se alcanza sino mediante la desaparición de la materia contenciosa — el litigio — que es un fenómeno anormal dentro de la organización jurídica de la sociedad. De ahí que decida la cuestión conflictiva con la plenitud de las formalidades procedimentales y el ejercicio de los recursos establecidos por la ley, con el propósito de garantizar la mayor certeza en las determinaciones de los jueces, se repute que la manifestación de voluntad de éstos en ejercicio de la competencia que el derecho positivo del Estado le ha conferido es la verdad misma y como tal lleva en sí la fuerza legal necesaria para imponerse obligatoriamente, ya dentro del grupo de personas que intervienen en la querella, o bien a todos los miembros de la colectividad, según la naturaleza del litigio y de la decisión que le pone término. Agotados los trámites procesales y dilucidada la contención por el empleo de los recursos que en forma ordinaria o extraordinaria haya previsto la ley, no puede provocarse de nuevo la competencia jurisdiccional pretendiendo un nuevo fallo porque ello equivaldría a prolongar ilimitadamente la subsistencia de la cuestión litigiosa y a destruír el carácter de certeza que comporta el contenido de las providencias judiciales. Contra esta pretensión, contraria a las reglas que gobiernan la actividad funcional de la jurisdicción, puede oponerse el medio jurídico de la cosa juzgada para impedir que el nuevo debate prospere o que se dicte una resolución contraria a la anteriormente proferida.

No toda providencia judicial es susceptible de conformar la cosa juzgada, sino únicamente las sentencias que tienen el carácter de firmes. (Artículo 473, C. J.).

La decisión de que trata el artículo 5º de la ley 160 de 1936 no hace tránsito a cosa juzgada y los efectos de un fallo de esta especie no vinculan irrevocablemente a las partes y pueden ser, por consiguiente, modificados como consecuencia de la solución que en el juicio ordinario llegue a conocerse. No existiendo materialmente la cosa juzgada, porque la resolución proferida en el juicio sumario no tiene tal carácter, es imposible que pueda proponerse con éxito este medio exceptivo para detener el juicio ordinario posterior.

Aunque esté en firme una sentencia puede la ley disponer que se ventile por la vía ordinaria un negocio que hubiere sido antes decidido en juicio especial. En estos casos no hay lugar a hablar de cosa juzgada porque el fallo pronunciado en la vía especial, por disposición expresa de la ley, no alcanza a tener fuerza de tal. Y esta fuerza, que es intrínseca a la calidad del fallo, no puede adquirirse porque llegue a prescribir el término para instaurar la demanda ordinaria ni porque hubiere caducado la acción correspondiente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Ponente, doctor Ramón Miranda).

En la demanda ordinaria promovida contra la Nación por el señor Luis Reyes Rojas sobre dominio de unos yacimientos de petróleos y sus derivados que se encuentren en dos globos de tierra situados en el Municipio de Lebrija, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga propuso la excepción dilatoria de cosa juzgada.

El incidente fue decidido por providencia de 16 de febrero del corriente año en el sentido de declarar no probada la excepción propuesta.

Contra el auto en referencia interpuso el señor Fiscal recurso para ante la Corte Suprema de Jus-

ticia, en donde sufrió el negocio el trámite de rigor. Se procede a resolverlo después de oído el señor Procurador Delegado en lo Civil, funcionario que en su vista de fecha 8 de junio último solicita que se revoque la providencia recurrida para que en su lugar se declare probada la excepción dilatoria propuesta en el juicio por el representante de la Nación.

La excepción se funda en el hecho de que la Corte Suprema de Justicia, por medio de sentencia de 11 de mayo de 1942, declaró infundada la oposición que formularon la Superintendencia Bancaria y otras personas — entre ellas el señor Luis Reyes Rojas — contra la propuesta de exploración y explotación de petróleos hecha por el señor Frederick R. Ryan; y en que en el presente juicio, por la misma persona — el señor Luis Reyes Rojas, hoy demandante en el juicio ordinario y ayer opositor ante la Corte — se han aducido idénticos títulos, causa o razón para reclamar la misma cosa u objeto que fue materia del juicio breve y sumario, o sea la propiedad particular de los hidrocarburos que se encuentren en los terrenos dichos.

El demandado tiene facultad de hacer uso, dentro de la organización procedimental vigente, del medio exceptivo de la cosa juzgada en dos formas distintas; como instrumento dilatorio para suspender o mejorar la actuación; o como manera de oponerse al contenido sustancial de la acción (artículo 341 del Código Judicial). Habiendo optado el representante de la parte demandada por el primer medio — el simplemente dilatorio — deberá la Corte decidir en última instancia el incidente promovido con este motivo ante el Tribunal Superior de Bucaramanga.

Para determinarse en el sentido de confirmar o revocar la providencia de aquella entidad, la Sala considera:

No se ha discutido dentro de la articulación si en el caso presente se encuentran o no reunidos los elementos jurídicos que estructuran la cosa juzgada; o sea que no se ha debatido la existencia o inexistencia en la nueva demanda del mismo objeto o de las mismas causas invocadas en la primera, ni tampoco la identidad jurídica de las personas que en los dos procesos han intervenido. El debate se ha concretado a la simple cuestión de saber si existe o no el fenómeno de la cosa juzgada; en una palabra, a decidir si el fallo proferido por la Corte Suprema dentro del juicio breve y sumario, en el cual fue vencido el antecesor jurídico del actual demandante, puede oponérsele por la Nación en el presente juicio ordinario para impedir la actuación procedimental.

La cosa juzgada tiene por objeto alcanzar la certeza en el resultado de los litigios, definir concretamente las situaciones de derecho, hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado. Si la función jurisdiccional busca el fin — tanto dentro del campo del derecho privado como en el del público — de dirimir con autoridad los conflictos que suscita la actividad de los particulares o de los funcionarios de la Administración, es claro que aquel objetivo no se alcanza sino mediante la desaparición de la materia contenciosa — el litigio — que es un fenómeno anormal dentro de la organización jurídica de la sociedad. De ahí que decidida la cuestión conflictiva con la plenitud de las formalidades procedimentales y el ejercicio de los recursos establecidos por la ley con el propósito de garantizar la mayor certeza en las determinaciones de los jueces, se repute que la manifestación de voluntad de éstos en ejercicio de la competencia que el derecho positivo del Estado le ha conferido es la verdad misma y como tal lleva en sí la fuerza legal necesaria para imponerse obligatoriamente, ya dentro del grupo de personas que intervienen en la querella, o bien a todos los miembros de la colectividad, según la naturaleza del litigio y de la decisión que le pone término. Agotados los trámites procesales y dilucidada la contención por el empleo de los recursos que en forma ordinaria o extraordinaria haya previsto la ley, no puede provocarse de nuevo la competencia jurisdiccional pretendiendo un nuevo fallo, porque ello equivaldría a prolongar ilimitadamente la subsistencia de la cuestión litigiosa, y a destruír el carácter de certeza que comporta el contenido de las providencias judiciales. Contra esta pretensión, contraria a las reglas que gobiernan la actividad funcional de la jurisdicción, puede oponerse el medio jurídico de la cosa juzgada para impedir que el nuevo debate prospere o que se dicte una resolución contraria a la anteriormente proferida.

Por lo que son éstos los fundamentos jurídicos de la institución es por lo que no toda providencia judicial es susceptible de conformar la cosa juzgada — **res judicata** — sino únicamente las sentencias que tienen el carácter de firmes, en una palabra las que por no estar sujetas a recurso no pueden ser alteradas o modificadas, salvo las excepciones señaladas en la ley. Es la norma del Código Judicial en la primera parte del artículo 473, al prevenir que la sentencia firme dada en materia contenciosa tie-

ne fuerza de cosa juzgada "y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto, y entre las mismas partes".

Pero la misma disposición ha estatuído qne lo anterior debe entenderse sin perjuicio del recurso de revisión "y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley". En estos últimos casos, por el perentorio mandato de la ley no hay cosa juzgada, o sea que el debate judicial puede recomenzar sin sujeción en sus efectos a lo anteriormente decidido.

El artículo 5º de la Ley 160 de 1936, ha previsto que las oposiciones que se suscitan con motivo de las propuestas para la exploración y explotación de los petróleos que se reputan de propiedad del Estado se tramiten y fallen por la Corte Suprema de Justicia en juicio breve y sumario y al mismo tiempo, ha establecido que dentro de cierto lapso — dos años — pueda promoverse juicio ordinario sobre la propiedad de los petróleos.

De manera que la decisión obtenida mediante el ejercicio del procedimiento sumario no hace tránsito a cosa juzgada, y los efectos de un fallo de esta especie no vinculan irrevocablemente a las partes, y pueden ser por consiguiente modificados como consecuencia de la solución que en el juicio ordinario llegue a reconocerse. No existiendo materialmente la cosa juzgada, porque la resolución proferida en el juicio sumario no tiene tal carácter, es imposible que pueda proponerse con éxito este medio exceptivo para detener el juicio ordinario posterior.

Pero se alega por el excepcionante — y el señor Procurador Delegado en lo Civil comparte tales tesis — que por haber la mencionada Ley 160 de 1936 señalado un plazo preciso de dos años para la proposición de la demanda ordinaria, el vencimiento de tal término sin que se hubiera iniciado el juicio implica necesariamente que la sentencia dada en el proceso sumario adquiere la condición de firme, se hace irrevisable y, no siendo por estos motivos susceptible de modificación, constituye cosa juzgada.

No comparte la Sala estos puntos de vista y, por el contrario, acoge las opiniones que al respecto trae el auto recurrido. El carácter de cosa juzgada que tenga una decisión judicial hay que considerarlo en sí mismo, en la fuerza que surge de su contenido material, y de ninguna manera condicionado a la circunstancia formal de su invulnerabilidad por el transcurso de los términos prefijados para intentar los recursos competentes.

En principio, sólo la sentencia firme produce la excepción de cosa juzgada; y es conocido que una sentencia es firme — conforme a las voces del artículo 468 del Código Judicial — cuando no está sujeta a consulta ni hay contra ella recurso alguno en el juicio, o se han dejado pasar los términos sin interponerlo. Pero aún firme, puede la ley dispone que se ventile por la vía ordinaria un negocio que hubiere sido antes decidido en juicio especial. En estos casos no hay lugar a hablar de cosa juzgada porque el fallo pronunciado en la vía especial, por disposición expresa de la ley, no alcanza a tener fuerza de tal. Y esta fuerza, que es intrínseca a la calidad del fallo, no puede adquirirse porque llegue a prescribir el término para instaurar la demanda ordinaria ni porque hubiere caducado la acción correspondiente.

Otra cosa es que el simple transcurso del tiempo sí pueda convertir en firme la decisión que originalmente no tuvo esa calidad como cuando se dejan vencer los plazos sin hacer valer los recursos competentes (artículo 468 citado). Pero si una norma legal ha reconocido el derecho a instaurar el juicio ordinario con el objeto de que pueda de nuevo controvertirse una cuestión resuelta por trámites especiales no es jurídico concluír que existe cosa juzgada si en tiempo oportuno no se inició la querella ordinaria. El artículo 473 del Código de Procedimiento no autoriza una interpretación semejante, porque con ella se haría depender la cosa juzgada de factores que le son naturalmente ajenos y por otra parte se le condicionaría a circunstancias no previstas ni consentidas por la ley. Es verdad que ésta ha señalado un lapso para que precisamente dentro de él se ejercite la acción de dominio, y que no le es dado a los particulares ampliarlo más allá de los límites fijados pero de esto no se desprende la consecuencia de que el acto jurisdiccional representado en el fallo que puso término al juicio breve y sumario — el cual no tuvo originariamente la calidad jurídica de cosa juzgada — pueda recobrarla una vez agotado el término legal para la promoción del juicio sobre propiedad porque tal hecho circunstancial y contingente es incapaz de alcanzar tamaña consecuencia.

Desde luego, el abandono o la falta de diligencia en la presentación oportuna de la acción competente es susceptible de acarrear al demandante las sanciones procesales establecidas por el derecho positivo, que eventualmente pueden consistir en la prescripción de la acción o la de caducidad de la misma si evidentemente se colocó en mora de usar de sus derechos. Más estos remedios legales a disposición de la parte demandada tienen una significación procesal distinta a la de la cosa juzgada, con la cual no puede confundirse aún admitiendo que

en sus resultados llegaran a identificarse plenamente, lo cual no es del caso estudiar en esta oportunidad

Esta ha sido la doctrina de la Corte expuesta en su providencia publicada en la página 728 de la Gaceta Judicial números 1998-99, que mantiene ahora por las razones que acaban de expresarse.

Por todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — confirma la providencia recurrida.

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

(Fdos.) **Belisario Agudelo. — Germán Alvarado.— Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.**

ACCION DE DOMINIO DE LAS MINAS DE SUPIA Y MARMATO, DE CUENTAS SOBRE ADMINISTRACION DE BIENES, ETC.—PROPIEDAD DE MINAS.

1.—Las minas fueron nacionalizadas por el Reglamento sobre minería del 24 de octubre de 1829. De suerte que en litigios de particulares con la Nación, ésta no tiene que presentar títulos que la acrediten dueña de esta clase de bienes, sino que es la persona que le disputa la propiedad quien tiene que evidenciar en cada caso, con título suficiente, que la Nación se desprendió del dominio para radicarlo en el patrimonio de la persona con quien litiga.

2.—La acción reivindicatoria existe cuando la persona que se titula dueña de un bien determinable, de que no está en posesión pide que se ordene a quien lo posee que se lo restituya, pues esos son los requisitos propios de la acción de dominio, según los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil. Cuando falta uno de estos requisitos no puede prosperar la acción.

3.—En tratándose de minas de metales preciosos que son o fueron adjudicables, se puede afirmar que es indiscutible en derecho privado que para que una persona tenga la calidad de dueña es necesario que posea un título emanado del Estado o que se ligue a título de esa naturaleza mediante otros traslaticios de dominio y que la mina no esté legalmente abandonada. Sin necesidad de hablar del Fuero de Nájera, del Fuero Viejo de Castilla y de las Leyes 5ª y 9ª, Título 28, Partida 3ª, y Ley 5ª, Título 15, Partida 2ª, el Ordenamiento de Alcalá insinuó el sistema regalista en España, contrario al de accesión del antiguo derecho romano. Y Felipe II, en Real Cédula de Valladolid del 10 de enero de 1559, estableció claramente el regalismo absoluto, como puede leerse en el ordinal correspondiente.

4.—Los requisitos legales para adquirir derecho a trabajar una mina se contienen en el Nº 22 de la Ley 4ª, Título 13, Libro 6º de la Nueva Recopilación y en los 17, 22 y 23 del Ordenamiento de San Lorenzo del 22 de agosto de 1584. Para conservar el derecho era indispensable el laboreo formal o pueble, en la forma dicha en el numeral 37 de la Ley 4ª citada. En esa época la reversión del dominio se verificaba por el sólo despueble o falta de labor formal: era una cuestión de hecho, semejante a lo que acontece hoy por el no pago completo y oportuno de los respectivos impuestos que gravan las minas, es decir, que para que la reversión se verificara, o sea, para que la mina se entendiera abandonada, no se requería ninguna diligencia o previa declaración por parte de autoridad pública. La observancia de las citadas disposiciones del derecho español fue obligatoria en Colombia por mandato del artículo 188 de la Constitución de Cúcuta de 1821; y aún la ley de 13 de mayo de 1825 estableció el orden en que debían prevalecer las que hubieran sido sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808. Finalmente, la ley de 5 de agosto de 1823 autorizó al Poder Ejecutivo para dar en arrendamiento las minas pertenecientes en propiedad a la República, menos las de platino. (Ley 9ª, parte 4ª, Tratado 5 de la Recopilación de Leyes de la Nueva Granada).

5.—Las salinas y pozos de agua salada fueron declarados de la Corona Real en el Ordenamiento de Alcalá, como antes se vio. La incorporación de ellas a la Corona y Patrimonio Real fue repetida por Felipe III en su Ordenamiento de Madrid del 10 de agosto de 1564 (Ley 1ª, Título 19 Libro 9º de la Novísima Recopilación). Se dispuso allí que sin una licencia Real no podían ser elaboradas dichas salinas. La ley 26 de 1824 ordenó que todas las salinas de la República que no estén enajenadas pertenecen a ella y, por tanto, se tendrán como parte de las rentas nacionales y su administración toca a la República. Y en Decreto de 10 de abril de 1826 se dispuso que las salinas de propiedad de la República y las que por su cuenta se administren se den en arrendamiento para su explotación; y ordenó, además, que en los

tres meses siguientes a su publicación presentaran los particulares los títulos justificativos de la propiedad que pretendieren tener; y que quienes no cumplieren con esa formalidad, aunque los títulos fueran válidos, perderían su derecho.

6.—Sobre tierras baldías debe tenerse en cuenta la ley de 11 de octubre de 1821.

7.—La comunidad en el arrendamiento no puede existir sino cuando los arrendadores son copropietarios de la cosa arrendada, puesto que no puede haber comunidad donde no hay derecho de propiedad en común. (Artículos 2322 y ss. C. C.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo)

Es materia de revisión la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de abril de 1934, en los dos juicios ordinarios que, acumulados, sigue contra la Nación el señor Carlos A. Castro Vega, quien en la demanda presentada el 21 de julio de 1927 obra como heredero de Agustín y Ana María de Castro, y en la de 5 de diciembre de 1929 como cesionario de derechos en la sucesión de la citada Ana María de Castro.

La sentencia absuelve a la Nación de todos los cargos contenidos en las demandas; fue oportunamente apelada por el actor, y el recurso ha sido tramitado debidamente en esta segunda instancia.

Los principales hechos fundamentales pueden ser sintetizados así:

En los inventarios que el 22 de junio de 1761 hicieron practicar don Agustín de Castro y doña Gertrudis de Guevara, con el fin de fundar una capellanía del remanente del quinto que tenían de sus bienes, incluyeron como pertenecientes al primero, aunque sin indicar linderos, "...las minas de Marmato con todas sus aguas, derechos y acciones que constan en sus títulos... un ingenio de agua en donde se muelen las labores productos y beneficios de la mina..." y como bienes ubicados en la Vega de Supía, "... unos ojos de agua sal... y las tierras de dicha Pirza, según contienen los títulos..." (c. 2 fs. 76 a 95).

Albacea o representante de los citados Castros y de Guevara debió de ser su nieto Sebastián Moreno, porque el 14 de abril de 1804 Gregorio y Josefa Moreno de la Cruz manifestaron que hacía ocho años que su hermano Sebastián, muerto el 26 de marzo de ese año, era depositario de los bienes pertenecientes a los acreedores de don Agustín y solicitaron la entrega de los pertenecientes a ambas sucesiones, petición a la cual accedió la Real Audiencia, el 26 del siguiente mes de junio. Por diferencias entre los Morenos, motivadas por la administración conjunta de esas herencias, pidió doña Josefa que se ordenara partir la herencia. Así se decretó, respecto de la de don Sebastián, en real providencia de 4 de septiembre de 1807. Respecto a la de don Agustín se dispuso que con audiencia de los interesados se resolviera lo procedente. Nada se había resuelto sobre esta última cuando el 18 de agosto de 1808 se quejó la señora Ana María de Castro de que don Gregorio administraba mal los bienes de la sucesión de don Agustín, razón por la cual solicitaba orden para que se pagara a los acreedores y para que se dividiera el remanente. Pero al siguiente mes manifestó que el juicio de concurso de acreedores a que antes se aludió se había radicado en la Real Audiencia hacía más de treinta años, motivo por el cual ofrecía hacerse cargo de los bienes existentes, pagar sobre el monto en que fueran avaluados el 5% al año en favor de los acreedores que reconociera la sentencia en dicho juicio de concurso y aceptar los capitales y censos en los mismos términos que los tenía su padre. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que ofrecía tomar a su cargo prometió hipotecar los bienes que le fueran entregados, más los suyos propios, propuesta que fue aceptada en providencia de 10 de octubre de ese año. En los inventarios y avalúos que se practicaron de esos bienes figuran por primera vez los socavones de la Cruzada y el Gallinazo; las acequias y las tierras entre los arroyos Chaburquia y los Obispos; y en los avisos dados para pregonar el remate del arrendamiento figura la salina de El Peñol. La contratista declaró haber recibido los bienes y otorgó en Quiebralomo, el 12 de diciembre de 1808, la escritura de hipoteca que había prometido otorgar. (c. 2 fs. 5 y 55 a 73).

Ante la orden que posteriormente dio el Juez Mayor, de que todo aquel que elaborara el mineral de Marmato debía ocurrir al Juzgado a presentar los registros de las propiedades que poseyera, manifestó Ana María de Castro que le era imposible presentar títulos porque se hallaban agregados a la citada causa de concurso y pidió que con preferencia se le asignaran los derechos

que se habían reconocido como propios, así como aquellos que trabajaba como legítima heredera, y que se prohibiera que se le inquietara en el uso que hacía de las aguas. Esta fue la causa para que se le entregaran una vez más, el 16 de noviembre de 1814, con mesura y amojonamiento, según las ordenanzas de Nueva España, el socavón de la mina la Cruzada y San Antonio y Gallinacito. (c. 1 fs. 8 a 10).

El 8 de mayo de 1820 murió la precitada señora, y el alcalde ordinario de San Lesmes de la Vega de Supía tomó las medidas precautelativas dichas en la diligencia del 9 de los mismos, en atención, según se lee allí, a que la finada tenía a su cargo dos nietos menores y varios principales de capellanía. Entre los bienes inventariados figuran la hacienda de Marmato con las vetas la Cruzada y San Antonio, y también la salina de El Peñol, con seis ojos de agua sal, y un derecho de tierras que comprende esa salina desde Ríosucio a la Quebradagrande, bienes que el alcalde entregó al depositario nombrado por él, señor José Joaquín Estrada.

Sigue en el orden cronológico de los hechos fundamentales el contrato de arrendamiento que el 18 de abril de 1825 celebraron el Secretario de Estado del Despacho de Hacienda de la República y el apoderado de B. A. Goldchimitd y Cía., de todas las minas de la Vega de Supía y Marmato que pertenecían a la Nación, por un término de 25 años forzosos y 50 voluntarios a arbitrio de la compañía, con facultad de subarrendar. La entrega se hizo en los días 14 de agosto y 13 de noviembre de 1825, por el escribano público y el Juez Político del Cantón de la Vega de Supía. Y en la diligencia correspondiente se dejó constancia de que los bienes entregados habían caído en poder del Estado por abandono de los anteriores poseedores, y hay constancia de que esa entrega se avisó antes por carteles con el fin de que pudieran presentarse los opositores que hubiere, pero nadie se opuso, ni entre los entregados a la compañía arrendataria figuran aquellos que fueron depositados en el señor Estrada el 9 de mayo de 1820. (c. 2 f. 136).

B. A. Goldschimitd y Cía., traspasó el arrendamiento, y el representante de la compañía subarrendataria obtuvo que el Gobierno ordenara dar nueva posesión material de los bienes. En la diligencia de esta última entrega, el 6 de octubre de 1829, figuran las minas El Guamo y San Antonio, pero en poder de Vicente Montaño como administrador por cuenta de la Nación, y la salina de El Peñol, con sus tierras accesorios y otros muebles, administrados por Manuel Angel Betancourt. (c. 8 f. 20).

Vencido el primer período del arrendamiento de 1825 fue prorrogado el contrato dos veces, por períodos de veinticinco años cada uno. El contrato sobre segunda prórroga se halla inserto en la ley 53 de 1871 y aparece exceptuada del arrendamiento la fuente salada de El Peñol. El contratista (Percy Brandon) cedió a The Wester Andes Mining Company Limited los derechos que había adquirido por el contrato de 17 de abril de 1871, cesión que se hizo constar en escritura número 912, hecha en la Notaría del Circuito de Bogotá el 6 de mayo de 1873. A la terminación del arrendamiento rehusó la compañía últimamente citada restituir el establecimiento minero El Guamo y las minas de San Antonio y La Cruzada, razón por la cual el Gobierno celebró con el General Alfredo Vásquez Cobo el contrato que se hizo constar en la escritura 1687, hecha en la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, el 11 de septiembre de 1905 relativo a gestiones para obtener la entrega de los minerales de Marmato. La entrega fue ordenada en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el 7 de mayo de 1906, confirmada por la de 25 de agosto del mismo año.

Consta en la escritura número 1180, hecha en la Notaría Segunda de Bogotá, el 6 de junio de 1874, que la Nación vendió al señor Rudesindo Ospina las aguas saladas y terreno de El Peñol constante de más de quince cuadras de terreno. (c. 2 f. 133).

En juicio propuesto por José María Vélez, titulándose único nieto sobreviviente de Ana María de Castro, obtuvo el actor que en sentencia de última instancia, pronunciada por la Corte Suprema de la Confederación Granadina, el 29 de septiembre de 1859, ésta hiciera las siguientes declaraciones: "1º.—Que José María Vélez debe ser puesto en posesión de los bienes que fincaron por muerte de Ana María de Castro y que existan aún; cuya declaratoria se hace sin perjuicio del derecho que puedan tener todos los que se encuentren en el caso de ser también herederos de la referida mortuoria; 2º.—El Gobierno de la República, o sea el Tesoro de la Confederación, está en la obligación de rendir cuentas a los representantes o poseedores de la mortuoria de la Castro, de todos los productos que haya obtenido en la administración de los bienes de ésta desde 1820 hasta que se haga la devolución; con derecho a los abonos y deducciones que legalmente le co-

rrespondan en su condición de administrador; 3º.—Que el Tesoro de la Confederación no está obligado a responder por daños y perjuicios, pues que ni se han probado éstos ni tampoco aparece mala fe en la administración; 4º.—Que respecto de las minas de oro y de sal existentes en la Vega de Supía y Marmato sólo debe darse posesión a Vélez de aquellas porciones o pertenencias que, conforme a los títulos y los inventarios, ocupaba Ana María de Castro de 1820; 5º.—Que el contrato celebrado entre el Gobierno de Colombia en 1825 con B. A. Goldschimitd y Cía. obliga a los herederos de Ana María de Castro en la porción respectiva de minas que a ésta correspondía y que dicha Compañía inglesa tomó en 1829; sin que dicho contrato de arrendamiento pueda ser afectado por esta sentencia en otra cosa que en pasar a los herederos de la Castro los derechos que hoy pertenecen al Gobierno, y de una manera proporcional y respectiva a las pertenencias de minas de que se manda dar posesión; 6º.—Que la mortuoria expresada queda con su derecho a salvo para reclamar de quien corresponda las pérdidas originadas en los bienes yacentes de dicha mortuoria desde 1820 hasta 1829, siempre que aparezca la culpa y el culpable de estas pérdidas; y 7º.—Finalmente, que el Tesoro de la República no es responsable al pago de costas, ni en ésta ni en la anterior instancia. Queda en estos términos reformada la sentencia pronunciada por el señor Juez del Distrito Nacional del Cauca y que ha sido apelada y consultada".

Debió de haber un desistimiento por parte del actor Vélez, según las siguientes transcripciones que se hacen del memorial del doctor Eustorgio Salazar tomadas del expediente que se halla en el Juzgado Primero del Circuito Civil de Bogotá, presentado en la ejecución promovida por el Gobierno de la República contra la Compañía de Minás de Marmato: "...estas mismas propiedades (se refiere a las citadas en la sentencia de 1859) volvieron al Gobierno por transacción hecha el 12 de agosto de 1862 entre el Secretario del Tesoro y Crédito Nacional y yo como apoderado de José María Vélez". De la sentencia del Juzgado Primero del Circuito de Bogotá, de 3 de octubre de 1864, son los siguientes párrafos: "2º.—Que en virtud de aquella sentencia se declaró responsable igualmente al Tesoro Nacional de todos los productos de aquellos bienes, durante el tiempo que el Gobierno los tuvo a su cargo. 3º.—Que aquella responsabilidad se refiere a la renta que produjeron las minas de acuerdo con las estipulaciones del contrato celebrado en el año de 1825 entre el señor José María del Câstillo y Rada como Secretario de Hacienda del Gobierno de Colombia y Segismundo Leisdersdorf como representante de la Compañía inglesa".

Demandas

En el libelo presentado el 21 de julio de 1927 se hacen estas peticiones: "Primera. Que la Nación no ha dado cumplimiento a la sentencia de la Corte Suprema de la Confederación Granadina pronunciada con fecha veintisiete de septiembre de mil ochocientos cincuenta y nueve, según la cual la sucesión de Ana María de Castro tenía que ser puesta en posesión de los bienes que fincaron por muerte de ésta y que existieran en el año mencionado, debiendo el Tesoro de la Confederación rendir cuenta de los productos obtenidos en la administración de los bienes, desde mil ochocientos veinte hasta que hiciera la devolución de ellos. Segunda. Que la obligación de la Nación de cumplir la sentencia de veintisiete de septiembre de mil ochocientos cincuenta y nueve, debe cumplirse ahora entregando los bienes que aún existan en su poder y pagando el valor de aquellos que no tenga en su poder, entrega de bienes y de dinero que debe hacerse al demandante o sea a las sucesiones de Agustín de Castro y Ana María de Castro. Tercera. Que se determine que los bienes que deben ser entregados por la Nación a las sucesiones de Agustín de Castro y Ana María de Castro en virtud de la sentencia de 1859 son: a) Las tierras, minas, edificaciones, maquinarias, acequias y todo cuanto se encuentre comprendido entre las quebradas conocidas con los nombres de Chaburquia y Obispo, terminado el cierre de la propiedad con las líneas del Río Cauca, el Río Supía y la parte más alta de las cordilleras situadas al occidente de las quebradas primeramente nombradas, todo lo cual se conoce generalmente con el nombre de Marmato, sin que esto quiera decir que la demanda se contrae solamente al cerro de dicho nombre, sino que comprende todo lo encerrado por las quebradas de Chaburquia y Obispo que son los límites inmemoriales de la propiedad. b) Las tierras, minas, edificaciones, maquinarias, acequias y todo cuanto se encuentre comprendido en el llano de Supía, entendiendo por tal las tierras encerradas por los linderos naturales del mencionado llano. c) Las fuentes saladas de El Peñol, con todos sus utensilios, edificios y tierras que se deslindaron así

en 1829 a saber: De la quebrada Grande por el pie del cerro de Carbunco y por cuchilla de loma, cayendo por la mata de junco al Riosucio y Rio abajo hasta los encuentros del Río mencionado Supía. Estos linderos se hallan en una escritura que hizo el Gobierno en la forma siguiente: Partiendo de la Quebrada Grande en dirección al cerro de Carbunco; pasando por el pie de este cerro y por la cuchilla de la loma de la Ermita cayendo por la mata de junco hasta encontrar el Riosucio, Rio abajo hasta el punto en donde se encuentra con el Supía; éste arriba hasta la desembocadura de la Quebrada Grande, ésta arriba hasta el primer lindero. Lugar de ubicación de todo lo anterior, municipios de Supía y Marmato. d) Todos los útiles, bienes muebles de cualquier clase y demás que tomó la Nación en 1820. Cuarta. Que se avalúen pericialmente en este juicio y se condene a pagar a la Nación en moneda legal y corriente, seis días después de la ejecutoria respectiva, aquellos de los bienes enumerados en la petición anterior, que no se hallen en su poder y que por lo mismo no pueden ser entregados a la sucesión Castro en cumplimiento de la sentencia de 1859. Quinta. Que se fijen por esta misma sentencia las sumas de dinero a cargo de la Nación y a favor de las sucesiones de Agustín de Castro y Ana María de Castro por concepto de productos, desde mil ochocientos veinte que es el año a que se refiere la sentencia de mil ochocientos cincuenta y nueve hasta el día en que sean devueltos los bienes o reconocido su valor en reemplazo de los que falten, previas las deducciones y compensaciones a que haya lugar, conforme a lo dispuesto en la mentada sentencia, para lo cual se designarán en los términos probatorios de este juicio los peritos que hayan de dictaminar sobre el particular. Esta fijación se hará no sólo teniendo presente los libros de las cuentas oficiales sino todas las fuentes de información. Esta petición se hace en este juicio ordinario dejando a salvo el derecho de promover el especial de cuentas. Sexta. Que se condene a la Nación a pagar a la sucesión de Castro además de los productos, los perjuicios resultantes de incumplimiento de la sentencia, perjuicios que se fijarán también por peritos en el curso de este juicio y los cuales deben comprender además de los naturales a todo incumplimiento, aquellos que resultan de los actos de la Nación distintos de los de simple administración de los bienes que lo estrictamente autorizado por la sentencia de mil ochocientos cincuenta y nueve. Séptima. Que se declare que la Nación es la responsable de las consecuencias de los actos de ella, ejecutados por cualquiera de los poderes del Estado, distintos de los de simple administración, y que en consecuencia debe responder de ellos en caso necesario, para ante terceros. Debiéndose comprender en esta declaración los actos de simple persona ejecutados por el Poder Legislativo a pretexto de ejercer actos de soberanía en forma de Leyes. Octava. Que se declare que la Nación no ha cambiado su carácter de simple administradora de las Minas de Supía y Marmato y Fuente Salada de El Peñol con los pretendidos actos de dominio que haya podido ejecutar con posterioridad al arrendamiento, que como acto de simple administrador ejecutó la Nación en representación de la sucesión de Ana María de Castro con Segismundo Leisdedorf, arrendamiento que prorrogado sucesivamente por contratos escritos hasta 1901, y el cual precisamente fue considerado como acto administrador voluntario y oficioso por la Corte Suprema de la Confederación Granadina en su sentencia de veintisiete de septiembre de mil ochocientos cincuenta y nueve. Novena. Para el caso de que no se haga la declaración anterior y en subsidio, pido que se declare que la Nación no ha adquirido con posterioridad a la terminación del arrendamiento de 1825 (cuyo término efectivo fue en 1905) el dominio de los bienes puesto que no tiene prescripción adquisitiva a su favor, ni título que le de mejor derecho contra la sucesión de Castro, la cual sí tiene a más de los títulos primitivos una prescripción extraordinaria adquisitiva consistente en la posesión con ánimo de dueño (representada por la Nación con apoyo en la sentencia de mil ochocientos cincuenta y nueve), durante el lapso mayor de treinta años, los cuales se repitieron cinco veces, bajo el imperio de las leyes de partidas, bajo la legislación posterior y bajo el imperio del Código Civil actual. Décima. Que se declare que la Nación es especialmente responsable de los perjuicios ocasionados a la sucesión Castro con la venta de la fuente salada de El Peñol y sus tierras por tratarse de acto voluntario (sic) de las obligaciones que tenía como administrador voluntario y oficioso y que en consecuencia y de modo especial es responsable la Nación del valor verdadero y efectivo de las fuentes vendidas y de los productos de ellas, no sólo los naturales sino los que se hubieran podido obtener con la debida inteligencia y cuidado, todo lo cual, para que resulte líquido debe ser fijado por peritos en el curso de este juicio. Undécima. Que se declare

que la Nación es responsable y debe pagar a la sucesión Castro, no sólo los frutos naturales o productos de todos los bienes, sino todos aquellos que se hubiere podido obtener con mediano cuidado o inteligencia a partir del año de mil ochocientos cincuenta y nueve, con mala fe y poniéndose la Nación a la situación jurídica contemplada por el artículo 2531 del Código Civil en su regla tercera. Duodécima. Que se declare que con posterioridad a la entrega de las minas de oro de Supía y Marmato en mil novecientos cinco por los arrendatarios de la Nación, los productos a que (sic) refiere la sentencia de mil ochocientos cincuenta y nueve deben reconocerse íntegros a la sucesión Castro sin deducciones ni compensaciones ningunas, por haber existido mala fe en el manejo de los bienes y que en consecuencia debe incluírse por los peritos en esta liquidación no sólo lo que haya entrado a las arcas públicas sino toda clase de productos obtenidos en las minas y bienes en general. Décimatercera. Que se declare que la Nación es responsable de todas las omisiones que pudieran redundar o que hubieren redundado en perjuicio de la integridad de los bienes de la sucesión Castro, que se tratara de cumplir disposiciones de carácter general, ya se trate de cuestiones de defensa de los bienes, ya se trate de pagos que no se hayan hecho y por lo cual acarree o haya acarreado algún perjuicio, ya en fin, se trate de la oportuna aplicación de las leyes tendiente a sostener exactamente en el mismo pie de sanidad e integridad los mismos bienes que tomó oficiosamente en mil ochocientos veinte. Décimacuarta. Que se declare especialmente responsable a la Nación por aquellas disposiciones suyas que lesionaron la integridad de los bienes en la forma en que los recibió y tal como los mantenía Ana María de Castro".

Las peticiones de la demanda de cinco de diciembre de 1929 son las siguientes:

"Primero.—Que pertenece a la sucesión de Ana María de Castro, representada por mi poderdante, lo siguiente: a) El grupo minero llamado El Guamo o Cerro de Marmato, situado en el municipio de Marmato, que es o fue provincia del mismo nombre, circuito de Riosucio del Departamento de Caldas, Cerro o grupo minero que tiene estos linderos: por el norte y nordeste y parte baja, la Cañada de Cien Pesos y la Cañada de Pantano, cañadas que separan dicho cerro del de Cien Pesos; por el sur y sudoeste la Cañada Cascabel, desde su nacimiento hasta su entrada en la Cañada de Pantano, y por la parte alta, la cúspide o línea que dibuja el mismo Cerro de Marmato. Este cerro tiene como contrafuerte los otros dos que se han mencionado y su base reposa en la falda del de Cien Pesos; de modo que dentro de dichas cañadas se halla precisamente ubicado el inmueble de que trata este punto. El Cerro de Marmato es escarpado y tiene grandes derrumbes que le señalan a distancia y no le dejan confundir con otro. A este grupo minero pertenecen las siguientes vetas o minas cuya declaración particular de dominio pido para la sucesión de Ana María de Castro: 1º Las dos vetas minerales llamadas San Antonio y La Cruzada las cuales se hallan situadas en la falda oriental del Cerro de Marmato extienden sus ramificaciones a todo él y tienen, por consiguiente, por linderos comunes los de ese Cerro. En la veta o mina de San Antonio, hacia la parte baja, a poca distancia se halla el establecimiento minero El Guamo, llamado hoy El Algarrobo compuesto de unos paredones en ruinas que sirven para detener los derrumbes del cerro y de una bodega de cal y canto con los techos en ruinas. La veta o mina de la Cruzada se halla a algunas cuadras de distancia al norte de San Antonio. Estas vetas de San Antonio y La Cruzada se encontraban comprendidas bajo una sola propiedad de la veta mineral o mina denominada Gallinacito o Gallinazo, bajo los linderos y determinaciones de que habla la diligencia de entrega de fecha 18 de noviembre de 1814 practicada en Marmato por el señor Juez Mayor del Departamento de Supía don Manuel Josef Lozano; y luego la Corte Suprema de Justicia determinó a San Antonio y la Cruzada en la sentencia de fecha siete de mayo de 1906 de la manera referida anteriormente; 2º La veta de mineral o mina denominada Guamo cuyo socavón principal corre de oriente a occidente alinderada y determinada en la diligencia de deslinde practicada por el Jefe Político Municipal del Cantón de Supía el 20 de julio de 1833; 3º La veta de mineral o mina denominada Xiximaní determinada en la diligencia de entrega practicada por el señor Juez del Departamento de Supía don Manuel Josef Lozano con fecha 17 de noviembre de 1814 y aclarada por la diligencia de fecha 18 del mismo mes, que practicó la misma autoridad; 4º La veta de mineral (o mina) denominada El Salto determinada en la diligencia de entrega de fecha diez y ocho de noviembre de 1814 practicada en Marmato por el Juez Mayor del Departamento de Supía don Manuel Josef Lozano. Segundo.—Que pertenece a la sucesión o herencia de Ana María de

Castro, las acequias o acueductos denominados Chamburquia y Obispo que toman las aguas de las quebradas que llevan estos mismos nombres y las conducen al grupo minero llamado El Guamo o Cerro de Marmato cuya situación y linderos se hallan determinados en el punto a) de la primera petición de la demanda. Tercero.—Que la Nación está obligada a restituir dentro del plazo legal, a la sucesión o herencia de Ana María de Castro los bienes enumerados y determinados en las peticiones anteriores, con todos sus frutos civiles y naturales y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con medianas inteligencia y actividad estando la cosa en su poder, desde la terminación del contrato de arrendamiento celebrado por la Nación con B. A. Goldschimitd y Compañía con fecha diez y ocho de abril de mil ochocientos veinticinco. Cuarto.—Que la Nación está obligada a restituir dentro del plazo que fije la sentencia, a la sucesión o herencia de Ana María de Castro, el valor o precio del inmueble denominado El Peñol con el precio de sus salinas o fuentes saladas y con el precio de todos los utensilios y esclavos que se inventariaron el nueve de octubre de mil ochocientos veintinueve como pertenecientes a tal inmueble; el cual se halla situado hoy en el municipio de Supía en el Departamento de Caldas y tiene los siguientes linderos: de la Quebrada Grande por el pie del Cerro Carbunco, por cuchilla de loma, cayendo por la mata de junco al río Riosucio y río abajo hasta los encuentros del río denominado Supía. Este inmueble fue determinado posteriormente por el Gobierno Nacional en acto auténtico, de la manera siguiente: "Partiendo de la Quebrada Grande en dirección al Cerro de El Carbunco, pasando por el pie de este Cerro y por la Cuchilla de la Loma de la Ermita cayendo por la mata de junco hasta encontrar el Riosucio, río abajo hasta el punto en que se encuentra con el Supía; éste arriba hasta la desembocadura de la Quebrada Grande, y ésta arriba hasta el primer lindero". Quinto.—Que la Nación debe pagar dentro del término legal a la sucesión o herencia de Ana María de Castro, el valor de los perjuicios sufridos por dicha sucesión o herencia, con la enajenación del predio El Peñol y sus dependencias y anexidades de que trata el punto anterior, enajenación que llevó a cabo la Nación por medio de la escritura pública Nº 1180 de fecha seis de junio de 1874, pasada por ante el Notario Segundo de Bogotá. Sexto.—Que la Nación debe pagar a la sucesión de Ana María de Castro el valor de los esclavos y de los demás bienes muebles y semovientes que arrendó a B. A. Goldschimit y Compañía con fecha diez y ocho de abril de mil ochocientos veinticinco. Séptimo.—Que la Nación como agente oficioso rinda dentro del plazo que se le señale, cuenta comprobada de la administración de los bienes pertenecientes a la sucesión de Ana María de Castro, desde el año de mil ochocientos veintinueve hasta que entregue las minas y demás bienes enumerados en esta demanda, especialmente del grupo minero denominado El Guamo o Cerro de San Antonio, y del inmueble con sus salinas denominado El Peñol".

En las contestaciones que dio el Fiscal Primero del Tribunal terminó proponiendo las siguientes excepciones perentorias: **prescripción extintiva,** fundada en que transcurrió el tiempo suficiente para extinguir las acciones conducentes a hacer efectivos los derechos que pudieran emanar de la sentencia de 27 de septiembre de 1859; **prescripción adquisitiva,** fundada en que por el transcurso del tiempo la Nación adquirió el dominio de los bienes que se reclaman; e ilegitimidad sustantiva de la personería del demandante, que se hace consistir en que Carlos Arturo Castro Vega carece de derecho para pedir en nombre de las sucesiones de Agustín de Castro y Ana María de Castro.

Se procede a estudiar lo relacionado con la última demanda, por la ocurrencia de que la acción de dominio allí invocada se relaciona íntimamente con las peticiones de naturaleza semejante contenidas en la primera demanda y así quedan englobadas y tratadas de manera lógica las cuestiones de hecho y de derecho de ambas demandas.

Demanda de 3 de diciembre de 1929:

Aun cuando la prueba relacionada con la personería que se halló deficiente en el fallo de la primera instancia fue reforzada en la Corte, no se hará estudio especial al respecto porque se va a entrar en el fondo de la cuestión, en el estudio del derecho que a la parte actora asista; ni se hará de una vez estudio sobre la prescripción adquisitiva propuesta, porque lo procedente es averiguar si hay acción, ya que donde no hay acción no hay excepción que deba ser materia de previo pronunciamiento, y porque en virtud del dominio eminente pertenecen a la Nación las tierras situadas dentro del territorio de ella que carezcan de dueño particular, y también las minas, porque ellas fueron nacionalizadas por el Reglamento sobre Minería, de 24 de octubre de 1829, que dice en su artículo 1º: "Conforme a las leyes, las

minas de cualquiera clase corresponden a la República, cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este decreto". De suerte que en litigios de particulares con la Nación, ésta no tiene que presentar títulos que la acrediten dueña de la clase de bienes de que aquí se trata, sino que es la persona que le disputa la propiedad quien tiene que evidenciar en cada caso, con título suficiente, que la Nación se desprendió del dominio para radicarlo en el patrimonio de la persona con quien litiga.

La acción reivindicatoria existe cuando la persona que se titula dueña de un bien determinable, de que no está en posesión, pide que se ordene a quien lo posee que se lo restituya, pues esos son los requisitos propios de la acción de dominio, según los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C. Cuando falta uno de estos requisitos no puede prosperar la acción.

Las peticiones de la demanda en estudio configuran la acción reivindicatoria: porque el actor, titulando dueña a la sucesión de Ana María de Castro, de los bienes que especifica en las peticiones primera, segunda, tercera y sexta, pide que se obligue a la Nación, que es a quien indica como poseedora de dichos bienes, que se los restituya. La quinta sobre perjuicios y la séptima sobre rendición de cuentas, son consecuencias de aquéllas.

En tratándose de minas de metales preciosos que son o fueron adjudicables, se puede afirmar que es indiscutible en derecho privado que para que una persona tenga la calidad de dueña es necesario que posea un título emanado del Estado o que se ligue a título de esa naturaleza mediante otros traslaticios de dominio y que la mina no esté legalmente abandonada.

Y es que sin necesidad de hablar del Fuero de Nájera, del Fuero Viejo de Castilla y de las Leyes 5ª y 9ª. Título 28 Partida 3ª, y Ley 5ª. Título 15 Partida 2ª, bastará copiar lo que se lee en el Ordenamiento de Alcalá para concluir que desde entonces se insinuó el sistema regalista en España contrario al de accesión del antiguo derecho romano. Dice así el texto original: "todas las minas de plata, oro y plomo, y de otro cualquier metal, de cualquier clase que sea en Nuestro Señorío Real pertenecen a Nos; por ende ninguno se ha (sic) osado a labrar sin nuestra especial licencia y mandado: y así mismo las fuentes y pilas y posos salados que son para facer sal, nos pertenecen: por ende mandamos que acudan a nos con las rentas de todo ello; y que ninguno sea osado de entremeter en ellas...". Y no vale la pena averiguar "si el señorío real" equivale a reino Español o si está contrapuesto al señorío de Abadengo, feudal, behatría o particular, porque Felipe Segundo, en Real Cédula de Valladolid de 10 de enero de 1559 estableció claramente el regalismo absoluto en el siguiente ordinal: "Primero.—Primeramente reducimos, resumimos e incorporamos en Nos y en nuestra Colonia y Patrimonio todos los mineros de oro y plata y azogue de estos nuestros Reynos en cualquier partes y lugares que sean en lo público consejil y baldío, o en heredamiento y parte y suelos de particulares, no embargantes las mercedes que por Nos o por los Reyes nuestros antecesores se hayan hecho a cualesquier personas de cualquier estado, preeminencia y dignidad que sean, y por cualesquier causas y razones, así por vida y a tiempo y de baxo condición, las cuales tales mercedes, entendidas la facilidad y generosidad con que se han hecho y el perjuicio que a Nos y a nuestra corona y patrimonio real se ha seguido y sigue, y el daño y el impedimento que al beneficio público, bien y pro común de los nuestros súbditos y naturales ha resultado y puede resultar, y por otras justas causas que a ello nos mueven, la revocamos y anulamos, y damos por ningunas; y queremos que los dichos mineros estén y sean desde luego (sin otro acto aprehensión y posesión) de la dicha nuestra Corona y Patrimonio, según y como por leyes de estos Reynos y antiguo fuero y derecho nos pertenecen, bien así como si las dichas mercedes y algunas de ellas no fueran hechas ni concedidas; quedando solamente en su fuerza y vigor respecto de las minas de plata y oro que por las dichas personas a quienes se han concedido las dichas mercedes, o por otros en su nombre y por su consentimiento se han comenzado a labrar y labran actualmente al presente de la data de nuestra carta..."

Entre los requisitos legales necesarios para adquirir derecho preferente a trabajar una mina se citan los siguientes relacionados con descubrimiento, denuncio, registro y extensión del mineral:

"22.—Asimismo concedo que se puedan descubrir, solicitar, registrar y denunciar en la forma referida no sólo las minas de oro y plata sino también las de piedras preciosas, cobre, plomo, estaño, azogue, antimonio, piedra calaminar, bismuto, sal gema y cualquier otro fósil, ya sean metales perfectos o medio minerales, bitúmenes o ju-

gos de la tierra" (Ley 4ª Título 13, Libro 6º de la Nueva Recopilación).

Del Ordenamiento de San Lorenzo, de 22 de agosto de 1584 son los siguientes apartes:

"17.—Item ordenamos y mandamos que cualquiera que descubriere mina de oro, plata u otros cualesquier metales, dentro de veinte días después que hubiere descubierto o hallado el metal, sea obligado a registrar ante la Justicia de Minas, en cuya jurisdicción estuviere la tal mina, y por ante escribano, presentando el metal que hubiere hallado; y en el registro se declare la persona que la descubrió y registró, y la parte donde está y se halló el metal que se presentó; y que dentro de otros sesenta días, después de hecho el tal registro, el que lo hubiere hecho sea obligado de enviar y envíe un traslado autorizado del dicho registro ante nuestro Administrador General, si lo hubiere en la Comarca, o sino, ante el Administrador que estuviere en el partido de baxo de cuyo Distrito cayere la dicha mina, para que se asiente y ponga en el libro y registro, que cada uno ha de tener de las dichas minas, para que se sepa y tenga razón de todas las minas que hubiere y se descubriere, y no haciendo el dicho registro en la forma y tiempo que está dicho y no guardándolo lo demás que dicho es, pueda otro cualquier registrar la dicha mina, y haber y adquirir el derecho del tal descubridor, o cualquiera otra persona que viniere a registrar tuviere, haciendo el registro según dicho es".

"22.—Item ordenamos y mandamos, que el primero hallare y descubriere la mina, como primer hallador y descubridor haga primero registro y goce de todas las pertenencias de dicha mina que estacare, y quisiere estacar en las minas y vetas que descubriere o hubiere con tanto que dentro de diez días naturales de como hubiere hecho registro de la dicha mina, estaque, declare y señale las pertenencias que quisiere, y goce de la medida que a cada estacada pertenecen, por todas las pertenencias de estacada que señalare, como tal descubridor; y ha de ser obligado a estacar todas las pertenencias, que como dicho es quisiere (sic), dentro de los dichos diez días, como le pareciere y estuviere mejor, aunque alcance y tome dentro de sus estacas la cata o catas que los demás, que después de él vinieren, hubieren hecho o hicieren, con que ante todas coxas haga estaca fixa en cada pertenencia de las que así señalare y tomare; las cuales no puede dexar ni dexe, estacándose o mejorándose, como quiera que se estacare o mejorare;..."

"23.—Item ordenamos y mandamos, que cualquier persona que hobiere descubierto o descubriere mina nuevamente, y hobiere hecho registro, según se contiene en la ordenanza antes desta, que este tal goce de ciento y sesenta varas de medir por la vena en largo y ochenta en ancho; y si se quisiere estacar en las dichas ciento y sesenta varas, y ochenta atravesando la vena lo pueda hacer y haga, como más viere que le conviene: y declárase, que después de haber señalado el primero descubridor de una mina dentro de los dichos diez días, que para ello se le dan, las pertenencias que hubiere tomado, ninguna persona puede pedir estaca ni tomarlas hasta pasados otros diez días para poderse determinar las pertenencias que quisiere tomar como primero descubridor; contando que no dexe la estaca fixa, y con que sea sin perjuicio del tercero o terceros que hubiere a los lados, y que tuvieren minas hechas y registradas antes que él: y los que después del primero descubridor hobieren tomado minas, o dende en adelante las tomaren, vayan tomando haciendo sus minas y pertenencias; y cada mina de las que después del dicho descubridor se ha de tomar, ha de tener ciento y veinte varas de largo y sesenta de ancho, las cuales pueden tomar atravesando la vena, o como mejor les estuviere, con que sea no dexando la estaca fixa, y sin perjuicio del tercero".

Para conservar el derecho era indsipensable el laboreo formal o pueble, en la forma dicha en el numeral 37 de la Ley IV antes citada. Allí se lee "...ordenamos y mandamos que todos sean obligados a tener sus minas pobladas, por lo menos con cuatro personas con cada una mina o pertenencia, agora sean señores enteramente de las dichas minas, o las tengan en compañía porque de cualquier manera que sea, con las cuatro dichas personas en cada mina en toda la pertenencia della se cumple, para, que sea visto tener pobladas las dichas minas; las cuales dichas cuatro personas entiendan de la labor de la mina donde poblaren, sacando agua o metal, o haciendo otro cualquier beneficio dentro o fuera della; so pena de que cualquier mina que no estuviere poblada y beneficiándose con las dichas cuatro personas, según dicho es, tiempo de cuatro meses continuos, por el mismo caso la haya perdido y pierda la persona cuya fuere y dende en adelante no tenga derecho ninguno a ella, sino no fuere haciendo de nuevo registro della, y las demás diligencias conforme a estas ordenanzas; y la dicha mina se

adjudique al que la denunciare por despoblada, con que hagan las dichas diligencias".

Y es de notar que en la época a que se viene haciendo referencia la reversión del dominio se verificaba por el sólo despueble o falta de labor formal: era una cuestión de hecho, semejante a lo que acontece hoy por el no pago completo y oportuno de los respectivos impuestos que gravan las minas, es decir, que para que la reversión se verificara, o sea para que la mina se entendiera abandonada, no se requería ninguna diligencia o previa declaración por parte de autoridad pública.

La observancia de las citadas disposiciones del derecho español fue obligatoria en Colombia, por mandato del artículo 188 de la Constitución de Cúcuta de 1821; y aún la ley de 13 de mayo de 1825 estableció el orden en que debían prevalecer las que hubieran sido sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808.

Fundadamente expresó el Ministerio de la Economía Nacional, en Resolución número 43 de 17 de mayo de 1940, lo relacionado con la necesidad del título emanado del Poder Ejecutivo para evidenciar el dominio en las minas. Dijo allí: "La doctrina que la Corte sienta respecto de baldíos, tiene estricta aplicación a esta materia de minas, que son bienes de análogas características a aquellos. Así, pues, entiéndase que las minas no son res privata de la Nación o que ésta ejerce sobre ellas un dominio público, o un control o una super intendencia, o que las minas sean verdaderas res nulius, es el caso de que al tenor de las disposiciones legales pertinentes, tales bienes —considérense o no como bienes propiamente dichos— no se radican como propiedad particular en determinada persona, sino mediante el lleno de los requisitos que la ley establece para ello. Y aunque el recurrente considera que entre nosotros no existe el régimen de adjudicación de minas, sino el de la invención de éstas, que el título que expide el Estado no es más que la prueba de la invención, también es lo cierto que, ya sean inventadas o adjudicadas las minas, y estimándose el título como constitutivo de propiedad, o como mero medio de prueba del dominio, o como declaración de éste, si una persona carece de dicho instrumento no puede afirmar que la mina le pertenece. Lo que vale decir que cualquiera que sea el criterio que se adopte, o los vocablos que se empleen para designar estos fenómenos, las minas sobre las cuales ejerce el Estado la extraña situación jurídica que el señor apoderado pretende y que los opositores comúnmente denominan dominio público, no pasa a la propiedad particular mientras el Estado, por un acto del poder público, como dice la Corte, no los adjudica, o un particular no los inventa con la plenitud de las formalidades dichas..."

Se dirá, finalmente, que la ley de 5 de agosto de 1823 autorizó al poder ejecutivo para dar en arrendamiento las minas pertenecientes en propiedad a la República, menos las de platino. (Ley 9ª parte 4ª Tratado 5º de la recopilación de leyes de la Nueva Granada), y que el contrato de arrendamiento celebrado por el Gobierno en 1825 explica la obligación de entregar y las entregas hechas en el citado año y en 1829, a las compañías arrendataria y sub arrendataria, respectivamente, de las minas de Marmato y Supía.

Las Salinas y pozos de agua salada fueron declarados de la Corona Real en el ordenamiento de Alcalá, como antes se vio. La incorporación de ellas a la Corona y Patrimonio Real fue repetida por Felipe II en su ordenamiento de Madrid de 10 de agosto de 1564 (Ley 1ª Título 19. Libro noveno de la novísima recopilación). Se dispuso allí que sin una licencia Real no podían ser elaboradas dichas salinas.

La ley de 26 de julio de 1824 ordenó que todas las salinas de la República que no estén enajenadas pertenecen a ella y por tanto se tendrán como parte de las rentas nacionales y su administración toca a la República". Y en decreto de 10 de abril de 1826 se dispuso que las salinas de propiedad de la República y las que por su cuenta se administren se den en arrendamiento para su explotación; y ordenó, además, que en los tres meses siguientes a su publicación presentaran los particulares los títulos justificativos de la propiedad que pretendieren tener; y que quienes no cumplieren con esa formalidad, aunque los títulos fueran válidos, perderían su derecho.

En relación con las tierras baldías estatuyó la ley de 11 de octubre de 1821: "Artículo 1.—Podrán enajenarse en lo sucesivo, así en las provincias marítimas como en las del interior, las tierras baldías que no han sido antes concedidas a persona alguna, o que habiéndolo sido por composición, ha vuelto al dominio de la República según lo dispuesto en las leyes anteriores. Artículo 4.—Los que se hallan actualmente en posesión de tierras baldías con casas y labranzas en ellas, sin título alguno de propiedad, serán preferidos en las ventas, siempre que en concurrencia con otro se allanen a pagar el mismo precio que se ofrece por ellas. Artículo 5.—Los que poseyeran tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una

justa prescripción, deberán concurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo, si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas y cultivadas".

Previas las anteriores consideraciones de orden general proceden las siguientes especiales relacionadas con los casos de estos autos:

1ª.—No existe en este expediente título emanado de autoridad alguna que acredite a la parte actora dueña de las minas, salina y tierras que reclama y ni siquiera ha manifestado cuál o cuáles puedan ser esos títulos de dominio que ahora se echan de menos. Luego falta el primer requisito para que la acción reivindicatoria propuesta pueda prosperar.

2ª.—Cuando se hizo la entrega en 1825 a la compañía arrendataria se dejó constancia allí de que los minerales que se entregaban habían caído en abandono, entrega que se repitió en 1829, sin que nadie se hubiera opuesto al tiempo de hacerlas. Por el contrario, se afirma allí que las minas y salinas estaban en poder de Vicente Montaño y Manuel Angel Betancourt como administradores, nombrados posiblemente en uso de la facultad de que ya se hizo mención, conferida al Gobierno en decreto de 10 de abril de 1826, y

3ª.—Tampoco existe prueba de que se hubiera conservado la posesión de las minas por determinados linderos o como bienes determinables, mediante los requisitos de laboreo o pago del impuesto fiscal.

Demanda presentada el 21 de julio de 1927:

La copia de la sentencia de 1859, con la constancia de su registro (c. 2 f. 124), es plena prueba de las obligaciones que ella impuso y por este motivo se pasa a estudiar los medios exceptivos propuestos por el representante de la parte demandada y especialmente la prescripción extintiva de la acción, pues ya se dijo por qué no hay lugar a estudiar la excepción de prescripción adquisitiva.

Con relación a las peticiones hechas en la demanda presentada el 21 de julio de 1927 el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el escrito que presentó con fecha 5 de junio de 1943, prohija la excepción de prescripción extintiva de la acción alegada y propuesta expresamente por el representante de la Nación en la primera instancia.

Existiendo, pues, la alegación de este hecho exceptivo encaminado a destruir la acción propuesta por la parte actora debe la Corte entrar a examinarlo preferentemente, pues si fuere hallado legalmente comprobado, se haría innecesario entrar en el estudio de las demás cuestiones de fondo materia de la litis. Se concreta, pues, la Sala al estudio de esta excepción.

De la parte actora, en su escrito presentado el 29 de julio de 1937 (c. 15 f. 9), son los siguientes extractos:

"Prescripción extintiva.—Existe una relación íntima de causa a efecto, dice la Corte, entre la acción y el derecho de pedir el demandante con la prescripción adquisitiva del dominio por parte del demandado, que precisa conocer. O en otros términos: Si, como en este caso, la Nación no ha poseído las minas, con ánimo de dueño, durante treinta años continuos, que son indispensables para adquirir lo ajeno, (Artículo 2532 del C. C.), es obvio, y ésta ha sido la constante doctrina de aquella entidad y la de los juristas, que quien tiene el derecho, quien no lo ha perdido, tenga el medio o la acción consiguiente para hacerlo efectivo. Si la familia Castro, no ha perdido su derecho de propiedad sobre las minas porque la Nación no las ha poseído por treinta años, la familia Castro tiene la acción correlativa para reclamar su dominio durante esos treinta años. Y esos treinta años, no se transcurrieron. De manera que es inadmisible la pretensión del señor Fiscal, de que esta acción se halla extinguida por el transcurso de veinte años. La sentencia de la Corte ya transcrita reconoció como arrendador a los herederos de la Castro, de la parte de minas que a ésta pertenecía en tal contrato de arrendamiento y descartó a la Nación de toda propiedad en el grupo de minas demandado, ya que la Corte resolvió que ese contrato había sido celebrado a nombre y en representación de los herederos de Ana María de Castro, procediendo el Gobierno como agente oficioso, al celebrarlo, y disponiendo que tal grupo minero pertenecía a la herencia de Ana María de Castro... Pero el Gobierno a pesar de este fallo, instauró por medio de apoderado que lo fue el Gral. Alfredo Vásquez Cobo el juicio correspondiente a un arrendador, para obtener la devolución de las minas; y mediante dicha acción, le fueron entregadas al Gobierno en el año de 1906. Desde este año de 1906 las está poseyendo el Gobierno sin título alguno". Pero hay una prueba más, y es la de que, conforme a los términos de la sentencia de 1859, el contrato de arrendamiento de 1825 quedó en común entre la Nación y los herederos Castros. Dijo esa sentencia en su numeral 5º de la parte resolutiva, que el contrato celebra-

do por el Gobierno de Colombia en 1825 con B. A. Goldschimit y Cía. obliga a los herederos de Ana María de Castro en **porción** respectiva de minas que a esta correspondía y dicha compañía inglesa tomó en 1829; sin que dicho contrato de arrendamiento pueda ser afectado por esta sentencia en otra cosa que en pasar a los herederos de la Castro, los derechos que hoy pertenecen al Gobierno, y **de una manera proporcional y respectiva** a las pertenencias de minas de que se manda dar posesión. Claro y preciso se ve que por este fallo se produjo la comunidad del arrendamiento entre la Nación y los herederos de la Castro; pues la Nación tenía arrendadas por el mismo contrato muchas otras minas q' sí eran de su dominio y que entregó a la Compañía inglesa en 1825; y la sentencia salvó la dificultad, dando la posesión a los Castros solamente de las pretensiones de doña Ana María y las cuales fueron entregadas a la Compañía hasta el año de 1829, obligándolos a respetar aquel arriendo. De manera que los Castros y la Nación quedaron los arrendadores o comuneros en tal arrendamiento, ya que coarrendar es arrendar en común dos o más personas. (Artículos 2525 y 2531 del C. C.). Si esto es evidente, ¿cómo puede alegarse prescripción entre comuneros? (Artículo 2525 C. C.). Pretender la adquisición de una cuota proindiviso de un todo por prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, es algo que repugna en sus términos, porque el título que debe invocarse, no puede referirse a la totalidad de la cosa y porque la posesión material, necesaria para que este fenómeno se verifique, es preciso que se realice por medio de hechos inequívocos que den lugar a concluir que en realidad el poseedor lo hace en su propio nombre y con ánimo de señor y dueño; y el comunero que alegue la prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, no podría invocar nunca como fundamento de su derecho los actos de posesión material que sobre la cosa hubiere ejecutado, desde luego que no podrá ejecutarlo sino en nombre de la comunidad y para ella. (Artículo 2525 del C. C.). Si la sentencia de la Corte de 1859 estableció la comunidad en el arrendamiento, como lo ha demostrado, es del todo inaceptable la defensa del señor Fiscal de que la Nación poseyó por más de treinta años las minas de doña Ana María, con ánimo de dueño y con exclusión de la comunidad". (Hasta aquí el actor).

El señor Procurador Delegado en lo Civil en el resumen escrito de sus alegaciones orales ante la Corte el día de la celebración de la audiencia pública se refiere, entre otras cosas, a la acción de cumplimiento del fallo pronunciado por la Corte Suprema de la Confederación el 27 de septiembre de 1859.

Hace notar que el fallo en referencia no es declarativo de dominio a favor de la parte demandante sino de simple condena a entregar bienes que ni siquiera se individualizan en él, o sea que es impositivo de una obligación personal a cargo de la parte demandada, tendiente a restablecer una situación existente en la fecha en que falleció Ana María de Castro, a saber: hallarse dentro de los bienes dejados por ella los inmuebles reclamados por sus herederos y que tanto es así que en ese fallo no se cita un solo título de propiedad, ni un solo acto jurídico administrativo de dominio. Y que otra característica del fallo es, como claramente se expresa en él, que su ejecución debía efectuarse sustituyéndose la sucesión de Ana María de Castro en los derechos del Estado como arrendador, en la debida proporción, o sea en tanto cuanto corespondiera a los bienes particulares de dicha sucesión comprendidos en el arrendamiento, de donde se sigue que para la ejecución del fallo era de todo punto indispensable esa individualización o determinación de los bienes, posesión que debía darse al demandante Vélez limitada a las proporciones o pertenencias conforme a los títulos y a los inventarios de aquello que ocupaba Ana María de Castro en 1820.

El complemento de la acción para individualizar o determinar los bienes que debían ser entregados no podía realizarse sino en otro juicio. Pero habiendo pasado mucho más de veinte años desde cuando se hizo exigible la obligación y promovible aquella acción complementaria, sin que ella se ejercitara eficazmente, ni se pidiera por otro medio el cumplimiento del fallo, el efecto extintivo de la prescripción se hallaba de sobra cumplido el 21 de julio de 1927 fecha ésta en que se presentó la demanda.

No ocurrió causa alguna de interrupción de la prescripción extintiva. Porque si bien hay constancias procesales de que hubo a raíz del fallo alguna demanda sobre su cumplimiento, también consta que se desistió expresamente de ella, lo que la privó de todo efecto interruptor.

Y agrega el Procurador Delegado: "El error de la parte demandante al considerar que no ha prescrito la acción ha consistido en creer que sólo desde cuando los bienes volvieron al **poder físico o material** del Estado, se hizo exigible la obligación de entregarle a la sucesión de Ana María de Cas-

tro. Error jurídico palpable, porque el fallo fue eminentemente explícito y claro en decir que su ejecución debía operarse mediante subrogación de los demandantes en los derechos del arrendador, **y en la proporción que correspondiera en los bienes respectivos,** una vez que fueran especificados los que debían ser materia de la entrega. Debía, pues, hacerse ésta en la situación jurídica en que los bienes se hallaban por virtud del contrato de arrendamiento a largo plazo, que el fallo ordenó respetar en su integridad. De donde se desprende que no era obstáculo alguno para su ejecución o cumplimiento el hallarse los bienes en aquella situación jurídica de arrendamiento. Réstame observar sobre esta materia de la prescripción extintiva de la acción, que ella fue expresada y oportunamente alegada por el representante de la Nación en la primera instancia del juicio". (Hasta aquí la Procuraduría).

La Corte sólo se referirá ahora a la prescripción extintiva de las obligaciones de carácter personal impuestas a la Nación en la precitada sentencia de 1859, pues lo que se refiere a las declaraciones de dominio o que de él se hacen derivar en las peticiones de las demandas ya quedaron estudiadas.

Sea cual fuere el alcance que la sentencia de 1859 tuviera en sus efectos jurídicos con respecto a los sucesores de Ana María de Castro, lo cierto es que éstos debían pedir y obtener posteriormente que lo resuelto en ese fallo se cumpliera; que se les "pusiera en posesión de los bienes que fincaron por muerte de Ana María de Castro y que existan aún", y que el Gobierno de la República les rindiera cuenta de todos los productos que hubieran obtenido en la administración de los bienes de dicha señora desde el año de 1820 hasta cuando se efectuara la devolución. De manera muy especial en lo referente a las **minas de oro de Supía y Marmato** la Corte de la Confederación, en el fallo en cita, fue bastante clara en su decisión: "4º—Que respecto a las minas de oro y de sal existentes en la Vega de Supía y Marmato, sólo debe darse posesión a Vélez de aquellas porciones o pertenencias que, conforme a los **títulos** (se subraya) y a los **inventarios,** ocupaba Ana María de Castro en 1820". Tal reza el fallo de que se trata.

De este fallo, sin duda, emanaban prestaciones a cargo del Estado, que debían tener cumplida efectividad a petición de las personas a quienes la decisión favorecía y a solicitud oportuna de éstas, mediante la comprobación previa, fehaciente y plena de los hechos de los cuales la Corte había reconocido, **en abstracto,** un derecho en favor de Ana María de Castro. Pero ello no se hizo durante el plazo que las leyes determinan para interrumpir la prescripción que comenzaba a afectar, y que terminó por afectar para siempre, como se verá en seguida, los derechos que los sucesores de Ana María de Castro pudieran haber derivado del precitado fallo de la Corte de la Confederación, fallo que hay que presumir notificado y ejecutoriado desde entonces, pues aunque se dice que **desapareció** el expediente contentivo del juicio en que se dictó, consta que desde 1860 se pidió, por miembros de la familia Castro, su cumplimiento ante los jueces nacionales en juicio del cual desistieron. (c. 2 fls. 148 a 156).

Las dos últimas demandas en este asunto, que han sido acumuladas, fueron notificadas, respectivamente, en nueve de septiembre de 1927 y siete de diciembre de 1929 (c. 13 f. 21v.; c. 1 f. 69v.), por lo que consta que cuando tales demandas se presentaron y fueron notificadas al representante de la Nación, ya había transcurrido con exceso el término para la prescripción extintiva de las acciones correspnodientes, emanadas de la sentencia de 1859.

La Sala ha considerado necesario citar —como lo ha hecho— con lo esencial de cuanto alega la parte actora contra la excepción propuesta por el representante de ésta, a fin de que queden conocidas las razones que una y otra parte exponen en apoyo de sus respectivas pretensiones sobre esta materia, y por ello se sabe que los principales argumentos que la parte demandante aduce para ver de contrarrestar las alegaciones de la demanda sobre prescripción extintiva de la acción son los que a continuación se resumen:

Que habiendo considerado la Corte de la Confederación en la sentencia de 1859 que el Gobierno de la República obró como agente oficioso al hacerse cargo de la administración de los bienes que quedaron cuando falleció Ana María de Castro en 1820, la Nación no puede alegar posesión sobre esos bienes ni extinción de la acción para reclamarlos, porque los poseyó a nombre ajeno; y que habiendo la misma sentencia impuesto a los sucesores de esta señora la obligación de respetar el contrato celebrado por el gobierno en 1825 con B. A. Goldschimidt & Co. "se produjo la comunidad del arrendamiento entre la Nación y los herederos de la Castro" —así dice el demandante— de lo que infiere que existiendo esa comunidad, el Estado colombiano no puede, a tenor de lo dis-

puesto en el artículo 2525 del C. C., alegar ninguna clase de prescripción contra los herederos de la señora Castro, pues a nombre de éstos poseía tanto en el concepto de agente oficioso, que la sentencia de 1859 le había atribuído, como en el de comunero en el arrendamiento, por virtud de lo decidido en esa misma sentencia con relación al contrato celebrado con B. A. Goldschimit & Co.

Considera la Sala que es erróneo el concepto de la parte demandante, porque lo cierto es que existen numerosas pruebas en el expediente de que, después de la sentencia de 1859, el Gobierno Nacional no sólo no actuó como agente oficioso, sino que continuó obrando, pública y expresamente, como dueño exclusivo en lo relacionado con todas las llamadas minas de Supía y Marmato. Pero aún prescindiendo de esto, tampoco lo dispuesto en el artículo 2525 del C. C. ampararía la tesis de la parte demandante. En efecto, este artículo dice así:

"Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto a una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras".

Para que hubiese comunidad en el contrato de arrendamiento con la sociedad B. A. Goldschimidt habría sido, pues, necesario que hubiera reconocido la Corte que las minas y demás bienes de la señora Ana María de Castro pertenecían en común a ella y a la Nación, lo que ni se dijo en esa sentencia de 1859 ni habría sido congruente con las pretensiones del demandante José María Vélez, quien negaba a la Nación todo derecho por haber contratado los bienes que estaban en poder de dicha señora a su fallecimiento.

La comunidad en el arrendamiento no puede existir, sino cuando los arrendadores son copropietarios de la cosa arrendada, puesto que no puede haber comunidad donde no hay derecho de propiedad en común (C. C. artículos 2322 y ss.); y si, como consta en la sentencia del pleito de la Nación y José María Vélez, éste perseguía que se le entregara como heredero los bienes y frutos de la mortuoria de Ana María de Castro que habían sido incluídos en el contrato de arriendo claro es que, por el simple hecho de reconocer la Corte en su sentencia de 1859 que los sucesores de la señora de Castro debían respetar ese contrato, no se seguía de aquí que la Corte hubiera reconocido que Ana María Castro y la Nación tenían un derecho común en los bienes materia del arrendamiento ni en el canon de éste, porque eso habría sido decidir todo lo contrario de lo que Vélez pedía y de lo que en la sentencia se le concedía.

De acuerdo con el fallo de la Corte, no era preciso que los sucesores de Ana María Castro esperaran hasta cuando expiraran los 75 años del arriendo para pedir y obtener que se resolviera, con vista de sus respectivos títulos de propiedad, cuáles eran los bienes de la pertenencia de su causante que estaban incluídos en el arrendamiento; ni era preciso tampoco que esperaran hasta cuando expirara ese plazo para pedir y obtener que la Nación les rindiera cuenta de la administración que se había calificado de oficiosa, y que se les pagara lo que proporcionalmente les correspondiera en el canon del arrendamiento. Pedir y obtener todo esto en cumplimiento del fallo de la Corte y respetar el contrato celebrado con la firma Goldchimitd, no eran hechos incompatibles, sino muy en armonía con lo resuelto en tal fallo, pues según éste los sucesores de la señora Castro debían subrogarse proporcionalmente a sus derechos en el contrato celebrado con Goldschimitd, y para que esto fuera posible e hiciera viables las acciones que a los familiares de la Castro correspondieran en concepto de poseedora o dueña de los bienes incluídos en ese contrato, forzoso era que principiaran por demostrar, con sus respectivos títulos, la extensión del derecho de propiedad que tenían en tales bienes como la Corte lo había resuelto.

Todo esto es tanto más así, cuanto a lo que parece por las actuales demandas y se deduce del expediente, a pesar de la sentencia de 1859 los sucesores de Ana María Castro ni cobraron ni recibieron de la Nación ninguna suma por razón de los cánones del arrendamiento celebrados con Goldschimitd. La circunstancia de que esa sentencia hubiera atribuído al Estado el carácter de agente oficioso y de que hubiera ordenado a los herederos de la Castro que respetaran el arrendamiento, de ningún modo excluía que tales herederos por lo menos cobraran de la Nación y percibieran lo que proporcionalmente les correspondiera en tal contrato conforme a sus derechos.

Es de presumir que si los miembros de la familia Castro hubieran individualizado ante la Nación los bienes que de acuerdo con sus títulos y con la sentencia de 1859 debían pertenecerles, no sólo habrían dejado ante aquélla legalmente aclarada y definida esa cuestión sin desconocer el contrato de arrendamiento con la firma Goldschimitd, sino que habrían podido percibir de la Nación, también sin faltar a lo estipulado en ese con-

trato, lo que en la proporción comprobada debiera corresponderles en los cánones del arrendamiento. No puede por ello encontrarse fácil explicación al hecho de que los herederos de la señora Castro hubieran resuelto esperar durante un lapso tan largo como el comprendido entre los años de 1859, fecha de la sentencia de la Corte de la Confederación, y el de 1900 en que expiraban los 75 años del contrato con Goldschimitd para cobrar entonces lo que los arrendatarios debían entregarle, en proporción de sus derechos, por razón de ese contrato: la subrogación de los sucesores de la señora Castro en ese contrato no podía efectuarse después, sino antes de que éste expirara.

Pero se advierte, además, que la Corte de 1859 atribuyó al Estado colombiano el carácter de agente oficioso de la sucesión de Ana María Castro desde cuando el alcalde del pueblo de San Lesmes de Supía tomó en 1820 y puso en depósito los bienes que esta señora tenía, hasta la fecha del pronunciamiento del fallo de que se trata, pero de ningún modo resulta de este fallo que a partir de él, debían continuar considerándose en ese carácter de agente oficioso el Estado. Esto no se considera así, como ya se dijo en otro lugar de la presente sentencia y consta en varios documentos que obran en autos; pero si el fallo de 1859 asignó al Estado ese carácter de agente oficioso también para el tiempo posterior a su pronunciamiento, y a pesar de ello la Nación desconoció lo dispuesto en esa providencia de la Corte y continuó obrando como dueña exclusiva de todas las minas de la Vega de Supía y Marmato, en tal caso, había una razón mayor y más poderosa, para que, sin más demora, los causahabientes de Ana María Castro, hubieran exigido judicialmente que se obligara a la Nación al cumplimiento del fallo obtenido por José María Vélez.

Se ve que así lo hicieron oportunamente en el año de 1860, pero sin que los autos revelen claramente el motivo, consta que del juicio respectivo desistieron en ese mismo año (folios 148 a 156 c. 2).

Tampoco es aceptable el otro razonamiento de la parte demandante, encaminado a demostrar que es inválido también el recurso de la prescripción extintiva por cuanto se revela, especialmente, en el juicio promovido por el Gral. Vásquez Cobo que los posteriores arrendatarios, The Wester Andes Mining Company Limited, hubiesen reconocido que los arrendadores de las minas reclamadas y, por tanto, los dueños y poseedores de ellas eran los sucesores de Ana María de Castro, y no, la Nación. Este reconocimiento, para obrar efectos civiles, debía provenir de la Nación, y no de los que a nombre de ella —los arrendatarios— habían tomado la tenencia de esas minas primitivamente. Los arrendatarios no podían hacer cambiar la posesión que obraba en favor de la Nación con respecto a todos los bienes arrendados para convertirla en posesión de los sucesores de la señora Castro, sin que antes se hubiera decidido, como debió decidirse después de la sentencia de 1859, qué bienes (claramente especificados) de los incluídos en el arriendo pertenecían a la Nación, y cuáles a la señora Castro, pues, se repite, el hecho de que en el contrato de arriendo estuvieran incluídos unos y otros bienes, no quiere decir, jurídicamente, que formaran una comunidad tales bienes. Ni la Corte dijo eso en su sentencia de 1859, ni ello era compatible con la materia y fines de la controversia promovida por José María Vélez.

Tampoco puede prosperar, pues, este razonamiento de la parte actora, para oponerlo a la alegada excepción de prescripción extintiva de la acción o acciones que emanaban de la sentencia de la Corte pronunciada en el año de 1859 en el juicio seguido contra la Nación por dicho señor Vélez, máxime cuando consta en autos (c. 2 fs. 148 a 156) que en 7 de enero del año de 1860, Tomás Pizarro a nombre de varios herederos de Manuel de Castro, hijo de Agustín de Castro, y hermano de Ana María, pidió el cumplimiento de la sentencia de 1859, y cuando consta asimismo, que de tal juicio posteriormente desistieron los demandantes, representados por Cesáreo Rocha obrando éste como sustituto de Percy Brandon, apoderado principal de tales demandantes en esa época y la misma persona que figuraba como sucesor de los derechos emanados del primitivo contrato entre el Gobierno y la firma Goldschimitd, compañía ésta de quien la Werter Andes Mining Company Limited —la demanda en el juicio del Gral. Vásquez Cobo— adquirió después los derechos de la Goldschimitd y Brandon en el contrato de arrendamiento de 1825 y quien entonces alegó en ese juicio que las minas no las poseía a nombre de la Nación por virtud de ese contrato, sino a nombre de la familia Castro según la sentencia de la Corte de 1859.

Sobre estas cuestiones la parte actora se expresa así, en su demanda de 21 de julio de 1927 (f. 8 C. Nº 13):

"Veinticinco: Tomás Pizarro como apoderado de la familia Castro inició el 7 de enero de 1860 una

acción ante el Juez Nacional de Cali pidiendo el cumplimiento de la sentencia de 1859. (f. 150 C. de Pruebas que se acompaña a esta demanda)".

"Treinta y dos: El asunto iniciado por Pizarro terminó con el desistimiento que hizo Cesáreo Rocha como apoderado sustituto, siendo el principal Percy Brando".

"Treinta y tres: Del interdicto iniciado por Pizarro se desglosaron varios documentos algunos de ellos muy importantes que se extraviaron y cuya relación aparece del folio 158 del cuaderno de pruebas que se acompaña a esta demanda. Este hecho que lesionó los intereses de los Castros, y el anterior, o sea la intervención del señor Brando, queda plenamente explicada con la circunstancia de ser el mencionado señor cesionario o sucesor en los derechos del contrato de arrendamiento celebrado en 1825 y convenirle en consecuencia mucho más el estado de cosas en que el Gobierno arrendaba y no la entrega a la familia Castro de quien era apoderado y a la cual por consiguiente burló, portándose mal en su encargo, caso que parece no fue el único entre los apoderados de la familia".

Si a pesar de lo que se acaba de copiar y de lo transcrito antes en relación con la transacción aludida del señor José María Vélez por intermedio del señor Eustorgio Salgar no se declara la excepción de transacción, se debe a que se ignoran los términos en que ellas fueron celebradas.

No sobra advertir que el señor Manuel de Castro, a quien se menciona en ese desistimiento es el antepasado de quien hace provenir su derecho el actual demandante en el presente juicio, según lo expresa en el siguiente párrafo de su alegato: "No habrá pues dificultad alguna en concluir que don Agustín de Castro, fue casado con doña Gertrudis de Guevara, que de ese matrimonio nació el doctor Manuel de Castro; que este fue casado con doña María Julia Romero; que de este enlace nació don Vicente de Castro; que éste don Vicente casó con doña Agustina Tobar; que de este matrimonio nació don Juvenal de Castro quien a su turno casó con doña Vicenta Pinzón; y, finalmente que del matrimonio de Juvenal de Castro y Vicenta Pinzón, nació Luis Castro Pinzón, cedente de su derecho de herencia a Carlos Castro Vega, demandante en este juicio".

De todo lo que se deja examinado, fácil es concluir, en resumen, que los sucesores de la señora Ana María Castro obtuvieron de la Corte de la Confederación una sentencia; que así lo pidieron, pero que desistieron de la respectiva demanda desde el año de 1860; y que a pesar de que la Nación continuó excluyéndolos del goce de los bienes y proventos que pudieran pasar a su patrimonio después de tal sentencia, no fue sino cuando ya se habían extinguido por la prescripción las acciones que les correspondieran, cuando de nuevo impetraron de la justicia la efectividad de los derechos que pudieran emanar en su favor por razón de aquella decisión de 1859.

En tal situación y habiendo sido propuesto expresamente por los representantes de la Nación este recurso con el carácter de excepción perentoria, y estando, como está, debidamente comprobado, los actuales encargados de fallar este juicio, no pueden menos que declarar probada la excepción propuesta y alegada, por más sólido y claro que fuera el derecho del actor, pues al juzgador le es tan obligatorio y forzoso el cumplimiento de la ley cuando se trata de aplicar sus disposiciones en materia de prescripción, aunque de su aplicación resulte la extinción de un derecho, como cuando debe aplicarlas para evitar que un derecho existente aún, sea vulnerado, cuando la acción promovida para su reconocimiento y efectividad no se haya extinguido todavía por el transcurso del tiempo.

Está pues probada la excepción de prescripción extintiva de las acciones aducidas en este juicio.

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.

FALLA

Primero.—Declárase probada la excepción de prescripción extintiva de las acciones personales deducidas en este juicio;

Segundo.—Absuélvese a la Nación de todos los cargos formulados contra ella en las dos demandas acumuladas que aquí se resuelven.

Tercero.—Sin costas.

Cuarto.—Queda en los anteriores términos reformada la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Belisario Agudelo.—Germán Alvarado.—El Conjuez, **Favio Hernández.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta,** Srio. en propiedad.

PENSION A UN ANTIGUO MIEMBRO DE LA RAMA JURISDICCIONAL

El artículo 252 del C. P. y M. prevé el caso de que se haya omitido asentar el acta de posesión de un empleado. Natural es que pueda sustituírse la ausencia de ese comprobante con pruebas que legalmente lo suplan. Y así como puede establecerse la posesión de los Magistrados y Jueces con comprobantes legales de que han ejercido las funciones respectivas (artículo 7º, C. J.), a los empleados subalternos que se hallen en el mismo caso ha de serles posible, por aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887, ocurrir a la misma prueba supletoria. De esa manera, el empleado subalterno que, junto con el nombramiento ,sea capaz de establecer el ejercicio subsiguiente del cargo para el cual ha sido nombrado, ha de ser tenido como posesionado en fuerza de la presunción de derecho, establecida en el artículo 7º del Código de Organización Judicial.

2. — El ciudadano que ha desempeñado el cargo de Juez Municipal debe ser considerado como servidor de la Rama Jurisdiccional. La Nación, representada por ese ciudadano cuando a nombre de ella ha impartido justicia, debe correr con la obligación de computar esa hoja de servicios cuando quiera que se la exhiba limpia y completa; o en otros términos, cuando preste el mérito exigido por la ley para las recompensas, y por ella acordadas a los servidores en tal ramo.

3. — Como en la ley 22 de 1942 se dice que debe regir desde su sanción, una vez llenada esta formalidad constitucional, los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y del Contencioso Administrativo y sus subalternos han entrado en el goce pleno de las concesiones que en ejecución de esa ley les competen. Dictada ella especialmente para los funcionarios nombrados, no les exige término distinto del de veinte años de servicio como condición para que puedan demandar la pensión de retiro. No hay por qué buscar entonces en otra ley término distinto como condición requerida para la recompensa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

Magistrado ponente, doctor Germán Alvarado.

El Honorable Tribunal Superior de Medellín, en providencia de veinte de noviembre del año pasado, resolvió la demanda que don Francisco Pérez Giraldo le elevó para que, por cuenta de la Nación colombiana, se le pague una pensión vitalicia de cincuenta y ocho pesos con ochenta centavos mensuales. Tal resolución constituye un reconocimiento de la legalidad de las pretensiones del actor.

De los catorce Magistrados que estamparon su firma al pie de esa providencia, seis salvaron el voto y consignaron las razones del salvamento en escrito fechado el cuatro de diciembre subsiguiente.

Del memorado fallo apeló el señor Fiscal Segundo del Tribunal, y por ese motivo han venido los autos a la Corte, en donde la alzada se ha llevado por los trámites que le corresponden. Ambas partes alegaron en su debida oportunidad.

Para la emisión del fallo que a la Sala de Negocios Generales le corresponde, hace ésta las siguientes

Consideraciones:

Fundamentos de la acción. — Diez son los hechos que don Francisco Pérez Giraldo expone en la demanda en apoyo del reclamo que a la Nación le hace, los cuales pueden resumirse así:

1º — Haber venido sirviendo por más de veinte años, puestos en la Rama Jurisdiccional, como portero-escribiente, oficial mayor y Secretario de varios Juzgados del Distrito Judicial de Medellín.

2º — Que, nacido en Marinilla el 23 de abril de 1877 ajustó setenta años de vida en el de 1937; y esa edad lo ha hallado en ese servicio, al cual se dedicó casi desde niño, observando en él asiduidad, eficacia y en general buena conducta, y destinando los dineros de sus sueldos, una vez que formó hogar propio, al sostenimiento de ese hogar y a la educación de los hijos.

3º — Que el tiempo y la efectividad de sus servicios los puede demostrar ya con pertinentes cons-

tancias sobre nombramientos y posesiones; ya con certificaciones de la Administración de Hacienda Nacional, ya con declaraciones de testigos en lo que pueda faltar de documentación.

4º — Que igualmente puede demostrar que al servicio de la justicia, y bajo la dependencia de jefes severos y ecuánimes ha envejecido, haciéndose acreedor de la recompensa solicitada por su honorabilidad, su corrección y constancia.

5º — Que no es contribuyente al Tesoro ni tampoco le es deudor, como tampoco es pensionado y que así pueden certificarlo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administración de Hacienda de Marinilla.

6º — Que ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Medellín ha levantado una información sumaria de testigos conocedores de las actividades desplegadas al servicio de la administración de Justicia.

7º — Que hecho el cómputo de tiempo de servicios, arroja él un total de veintiún años y once días;

8º — Que de manera no interrumpida prestó servicios de Secretario de Juzgados de Circuito por todo el período de 1905 a 1907, aun cuando las nóminas no hayan sido encontradas, ya que anteriormente acostumbraban pagar los sueldos en las cabeceras de Circuito. "Así explica la deficiencia que deja el certificado de la Administración de Hacienda de Medellín y llena el cupo de los veinte años necesarios para pedir los sueldos de $ 58.80 mensuales".

9º — Que al instaurar la demanda el veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y tres, era aún empleado del ramo judicial como Secretario del Juzgado Municipal de San Vicente, lo que pasa en mucho el servicio de los veinte años que se necesitan para la prosperidad del reclamo; y

10º — Que hecho el cómputo de la mitad del mayor sueldo que Pérez Giraldo devengó en el tiempo de servicio, le resulta el derecho a una pensión de jubilación por valor de cincuenta y ocho pesos ochenta centavos.

De los fundamentos que en derecho pudieran autorizarlo para su demanda, no dijo nada el señor Pérez Giraldo, o mejor, su apoderado, que lo fue el doctor Diofanor Sánchez Velilla. Esa glosa la formuló el señor Agente del Ministerio Público aún antes de conceptuar sobre la petición de jubilación. Desde entonces exigió éste que se le diera cumplimiento al artículo 2º de la Ley 22 de 1942 y a los artículos 2º, 3º y 7º del Decreto reglamentario de la misma ley.

Pruebas del reclamante. — Para que el Honorable Tribunal Superior de Medellín tuviera que reconocerle al reclamante señor Pérez Giraldo la pensión de jubilación que demanda, era preciso que el presunto jubilado hubiera aducido comprobantes de que está en uno de los casos contemplados en los artículos 1º a 4º de la citada Ley 22.

Partida de nacimiento: al folio 2 del cuaderno principal corre la copia del acta de bautismo, según la cual el 23 de abril de 1877 nació Francisco Antonio, y al día siguiente fue bautizado en la Parroquia de Marinilla como hijo legítimo de Jesús María Pérez y Matilde Giraldo. Queda, pues, establecido que en julio de mil novecientos cuarenta y tres, el señor Pérez Giraldo frizaba en los sesenta y seis años.

Cargos desempeñados: Hay pruebas directas de que Pérez Giraldo desempeñó empleos judiciales. Tales son las copias de los Decretos de nombramiento y las de las actas de posesión visibles a los folios 16, 27, 32, 33 y 35 del cuaderno principal. Por orden cronológico puede hacerse el examen de esos documentos:

Con la copia del Decreto que el Juez 2º Penal del Circuito de Marinilla expidió el 1º de julio de 1905 (fol. 27, cuardeno número 1), está acreditado que a Pérez Giraldo lo designó para Secretario en el período que en esa fecha comenzó. La ausencia del acta de la posesión correspondiente la atribuye el Secretario del Juzgado Primero del Circuito de Ríonegro a que se extravió cuando se trasladaron los Juzgados de Marinilla a Ríonegro (fol. 28).

Los comprobantes agregados del folio 35 al 37 v., son copias también de las posesiones que a virtud de los Decretos expedidos por el Juez del Circuito de Marinilla, con fechas 12 de julio de 1911; 1º de julio de 1913; 1º de julio de 1915; 1º de julio de 1917; 10 de septiembre de 1917; 1º de julio de 1919; 1º de julio de 1921; 1º de agosto de 1923, y 1º de julio de 1925, tomó Pérez Giraldo de los cargos de Portero-Alguacil en el período comprendido entre el 13 de julio de 1911 y el 9 de septiembre de 1917; de oficial escribiente desde el 10 de septimbre de 1917 en adelante. El último decreto señala como duración del empleo la del período que comenzó el 1º de julio de 1925.

Al folio 31 v. corren copias comprobantes de que Francisco A. Pérez fue nombrado oficial escribiente en interinidad del Juzgado Primero Superior de Medellín y de que en el mismo día 5 de mayo de 1927 tomó posesión de la interinidad; de que el 1º de julio siguiente fue nombrado en propiedad y que el mismo día tomó posesión del cargo.

Los comprobantes del folio 33 y v., corresponden a los decretos expedidos por el Juez Civil del Circuito de La Ceja, con fecha 21 de septiembre de 1935, 1º de julio de 1936 y 27 de julio de 1937 para nombrar a Pérez Giraldo primeramente como secretario; luégo como escribiente interino, y luégo como oficial mayor, también en interinidad. Las posesiones tam-

bién están acreditadas allí con copia de las actas respectivas.

Conforme a los documentos del folio 16, Francisco A. Pérez fue nombrado Secretario del Juzgado Municipal de San Vicente el 1º de noviembre de 1941; y el 29 de agosto de 1942 recibió nuevo nombramiento para el mismo Juzgado. Las posesiones correspondientes están acreditadas en seguida en la misma copia expedida por el Secretario ad-hoc del Juzgado Municipal en referencia.

Los otros comprobantes escritos. El artículo 252 del C. P. y M. prevé el caso de que se haya omitido asentar el acta de posesión de un empleado. Natural es que pueda sustituírse la ausencia de ese comprobante con pruebas que legalmente lo suplan. Y así como puede establecrse la posesión de los Magistrados y Jueces con comprobantes legales de que han ejercido las funciones respectivas (artículo 7º, C. J.), a los empleados subalternos que se hallen en el mismo caso ha de serles posible, por aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ocurrir a la misma prueba supletoria. De esa manera, el empleado subalterno que, junto con el nombramiento, sea capaz de establecer el ejercicio subsiguiente del cargo para el cual ha sido nombrado, ha de ser tenido como posesionado en fuerza de la presunción **de derecho**, establecida en el artículo 7º del Código de Organización Judicial.

Ese alcance les compete aquí a los certificados agregados a los folios 26 v., 30 v., 39 y v. y 41 v. del cuaderno principal. Cierto es que ellos fueron expedidos por los Secretarios de los Juzgados Primero Superior de Medellín y de Circuito de Ríonegro, Marinilla y La Ceja, pero en obedecimiento a órdenes de los respectivos Jueces. Así respaldadas como lo quiere el numeral 3º del artículo 121 del C. J., tales certificados revisten la calidad de auténticos conforme a la enumeración que de tales documentos hace el artículo 632, ib.

Como para prueba suplemtentaria adujo también el actor las certificaciones de los folios 10 v. y 11 del cuaderno principal, expedidas por la Administración de Hacienda Nacional sobre sueldos pagados a Francisco A. Pérez Giraldo como empleado del Organo Judicial. Las tales certificaciones pudo darlas el Administrador de Hacienda con los datos o constancias encontrados en el archivo de la Administración. Y si de la discriminación de esos datos y constancias resulta que Pérez Giraldo efectivamente cobró y recibió el importe de los sueldos correspondientes a los cargos de portero, oficial escribiente y Secretario en los años a que se refieren las certificaciones, resulta justificado también el tiempo de los veinte años, cuatro meses y veintidós días liquidados en la sentencia apelada, tiempo en realidad mayor que el exigido en el numeral a), artículo 2º, Ley 22 de 1942.

El detalle que el hecho décimo de la demanda expone de hallarse al servicio del Poder Judicial el reclamante como Secretario del Juzgado Municipal de San Vicente, hecho básico de la pretensión de que se acumulen a los años de servicio en los Juzgados de Circuito y en el Superior veintiocho meses de servicio en el municipal de San Vicente, originó, en parte, la discrepancia de pareceres entre los Magistrados que firmaron el fallo recurrido. Y como ese detalle le ha servido al Ministerio Público para combatir toda la acción, la Sala de la Corte tiene que examinar la solidez de los argumentos aducidos en pro y en contra de la pretensión del señor Pérez Giraldo.

Dice el señor Procurador Delegado: "Quien solicita el pago de una pensión como la debatida en este caso, tiene que apoyarse bien en las disposiciones de la Ley 22 de 1942, bien en las leyes anteriores a ella". Y, en pos de un análisis de los artículos 13 y 15 de esa Ley, concluye: "quien no pueda considerarse miembro de la Caja de Previsión no puede reclamar las prestaciones establecidas en la Ley 22, ya que tales prestaciones se pagan con fondos de esa Caja. — Por consiguiente, está de acuerdo este despacho con el salvamento de voto al fallo recurrido, en el cual se dice que la Caja de Previsión fue instituída por la Ley 22 de 1942 "para atender a prestaciones de funcionarios que al tiempo de la vigencia de este estatuto estuvieran desempeñando empleos en aquellos organismos oficiales o que posteriormente hubieran contribuído con aportes de su sueldo judicial a la formación del fondo"; además, es cierto también — como se expresa en el mismo salvamento de voto — que al establecer la pensión de jubilación el artículo 1º de la Ley 22 la señala para los funcionarios respectivos "al retirarse de sus puestos" con lo cual lógicamente "se excluye a quienes no se retiren durante la vigencia de ese estatuto, como acontece con el señor Pérez, quien dejó de ser funcionario judicial (pagado por el tesoro nacional) desde varios años de la fecha en que dicha Ley entró a regir y no ha pertenecido posteriormente a esa rama nacional del poder público" ".

De los dos aspectos considerados por el señor Procurador, ninguno puede descuidarse cuando se trata de asentar doctrina en orden a reclamos de la naturaleza del formulado por el señor Pérez Giraldo.

A) — Asentada la premisa de que dicho señor le ha servido al Organo Judicial por un espacio mayor de veinte años, ¿podrá ser óbice para el reconocimiento de la pensión de jubilación el que parte de ese

tiempo de servicio lo hubiera remunerado una Tesorería Municipal?

Ya desde mil novecientos treinta y cuatro había expuesto la Procuraduría la doctrina de que las pensiones nacionales son exclusivamente para los funcionarios nacionales. Pero en la misma vista hubo de advertir que la Corte no ha sostenido siempre esa doctrina sino que en algunos fallos como en el de cinco de noviembre de mil novecientos veinticuatro, ésta ha sostenido la tesis de que el patrimonio público es uno solo, aunque parte de él esté asignado por la Constitución o por la Ley a los Departamentos o a los Municipios. (No existía entonces la expresa disposición que el Constituyente de 1936 consagró en la parte final del artículo 23 del Acto Legislativo de aquel año, y según el cual "entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios)".

Al tratarse hoy de un reclamo por servicios prestados en la Rama Jurisdiccional, no puede olvidarse lo que el artículo 47 de la enmienda de 1945 estatuye: 'La justicia es un servicio público de cargo de la Nación". Tal parece que el Constituyente de 1945 hubiera querido establecer una completa armonía entre las disposiciones constitutivas de esa Rama del Poder Público. Porque a los Jueces Municipales, lo mismo que a los de Circuito y los Superiores; lo mismo que a los Magistrados de los Tribunales y a los de la Corte, se les venía exigiendo en las leyes calidades especiales por su condición de administradores de justicia. Cierto que establecían categorías, pero reconocían que todos, cualquiera que sea su categoría, la administraban como funcionarios del Estado. En ese reconocimiento estriba hoy la institución de la carrera judicial.

Los Jueces Municipales obran, al expedir sus fallos, no en nombre del Municipio ni del Departamento, sino en nombre de la República; se apoyan no en la autoridad de los Acuerdos ni de las Ordenanzas, sino en la autoridad de la ley. Porque es el Estado quien les delega a los funcionarios del ramo la facultad anexa a la Soberanía de impartir la justicia. Lógico es, pues, que a cargo del Estado corran los gastos de pensiones y recompensas debidas a esos funcionarios.

Nuestras primeras Constituciones, a partir de la de 1811 — expedida a nombre de don Fernando, Rey de los Cundinamarqueses — consagraron como canon institucional el de que "los Jueces de primera instancia, los inferiores y las Municipalidades que hay o de nuevo se establezcan para facilitar la administración de justicia", forman parte del Poder Judicial. En esas Cartas, que todo lo definían, no podía faltar la definición de lo que sus autores entendían por Poder Judicial. Leyéndola, se advierte que ya por entonces los constituyentes aceptaron los grados de jurisdicción dentro de la unidad de una institución encaminada a "examinar' las diferencias que se suscitan entre los ciudadanos, fijar sus derechos, juzgar sus demandas y querellas, y aplicar las penas establecidas por las leyes a los infractores de ellas". (Título 6º de la Constitución de 1812).

De 1821 en adelante, todas las Constituciones de nuestra Patria le encomendaron a la Ley la organización judicial en lo que mira "a los Juzgados inferiores"; la determinación de las atribuciones y los requisitos y condiciones que deben tener los llamados a ejercerlos

La Constitución de 1886, después de repetir en el artículo 156 que a la ley le corresponde organizar los Juzgados inferiores y determinar las atribuciones y duración de los jueces, agrega en el artículo 157 que para ser Juez Municipal no es indispensable estar versado en la ciencia del derecho. Esta disposición la derogó el Constituyente de 1945, para exigir, en cambio, como requisito para ser Juez Municipal, el de ser abogado titulado.

Conclusión: que nuestra tradición institucional ha colocado siempre a los Juzgados Municipales como organismos integrantes de la organización de justicia nacional.

La Enmienda Constitucional del año en curso les quitó a los Cabildos la facultad de elegir Jueces Municipales, como les quitó a las Asambleas Departamentales la función de hacer ternas para elegir Magistrados de los Tribunales. A ello se decidió el Constituyente movido por la necesidad de sustraer la administración de justicia de los vaivanes políticos tan predominantes en esos organismos. En ningún caso porque creyera que el sistema escogido para la provisión de plazas de Jueces y Magistrados afectara la esencia de la atribución soberana de impartir justicia en nombre del Estado.

Los legisladores, que no podían pasar por sobre la pauta institucional, incluyeron, al expedir los códigos de organización judicial, a los Jueces Municipales, imponiéndoles condiciones y determinando sus funciones dentro de un extenso plan orgánico de una buena administración de justicia.

Para no remontar este relato a épocas remotas, basta con repasar lo ocurrido de 1886 para acá, ya que el régimen adoptado en la Carta de ese año es el que nos sirve actualmente de norma, aunque haya sufrido las enmiendas de 1910, 1936 y 1945.

La Ley 61 de 1886, fijó el orden jurisdiccional en su artículo 1º, incluyendo allí a los Jueces Municipales. La Ley 57 de 1887 adoptó en su artículo 72 el mismo orden de organización judicial, reproducien-

do en lo sustancial lo que predominó durante el régimen de la Federación.

La Ley 100 de 1892, dijo lo siguiente, en su artículo 1º: "La administración de justicia se ejerce de un modo permanente por los Tribunales ordinarios que son: la Corte Suprema, los Tribunales Superiores, los Jueces Superiores, los Jueces de Circuito, los Jueces Ejecutores y los Jueces Municipales". El artículo 1º de la Ley 105 de 1931, repitió la fórmula, con la única diferencia de que en vez de incluír en la justicia ordinaria a los Jueces Ejecutores, incluyó a los Jueces de Menores.

Debe llamarse la atención hacia las expresiones 'modo permanente" y "Tribunales ordinarios" que las leyes últimamente mencionadas emplean. Porque tales expresiones dejan comprender que en el ánimo del Legislador el orden jurisdiccional por él adoptado no puede sufrir alternativas; y que si la autoridad y las prerrogativas reconocidas a la Corte y a los Tribunales tienen su respaldo en la Ley, no hay razón para que ese respaldo les pueda faltar a los jueces de inferior categoría.

Estas consideraciones llevan lógicamente a concluír: el ciudadano que ha desempeñado el cargo de Juez Municipal, debe ser considerado como servidor de la Rama Jurisdiccional. La Nación, representada por ese ciudadano cuando a nombre de ella ha impartido justicia, debe correr con la obligación de computar esa hoja de servicios cuando quiera que se le exhiba limpia y completa; o en otros términos, cuando preste el mérito exigido por la ley para las recompensas, y por ella acordadas a los servidores en tal ramo.

B) — El otro reparo que tanto el señor Procurador Delegado como el señor Fiscal y los señores Magistrados disidentes del Tribunal de Medellín le hacen al reclamo de Pérez Giraldo, entraña, hasta cierto punto, una objeción a la personería sustantiva de la entidad demandada, y, a la vez, una excepción de incompetencia de jurisdicción.

En efecto: según el pensamiento de los disidentes, como los servicios de Pérez Giraldo fueron prestados con anterioridad a la vigencia de la Ley 22 de 1942, la recompensa la debe deprecar éste de la Nación y no de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial. Consecuencialmente, y de acuerdo con ese argumento, es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a calificar los servicios y decretar, llegado el caso, la recompensa.

Al principio de este fallo se hizo notar que el apoderado del actor no invocó en apoyo de su pretensión a la Ley 22 de 1942. El libelo invoca la ley 45 de 1939 como razón para que pudiera verse exento del uso de papel sellado, y para nada menciona a la Caja de Previsión. La petición, en concreto, dice así: "que previa la tramitación de rigor, se decrete o resuelva que se pague al señor Pérez por cuenta de la Nación colombiana una pensión o jubilación de CINCUENTA Y OCHO PESOS OCHENTA CENTAVOS ($ 58.80) mensuales y por el resto de sus días".

Asi las cosas, pudiera decirse que la relación procesal originaria, es la que puede existir entre un servidor público de la Rama Jurisdiccional y la Nación, a quien sindica el actor como entidad comprometida a recompensarle los servicios. Ya, en ese plano, podría añadirse que el sujeto pasivo de la acción no es la Caja creada con aportes de particulares en el artículo 13 de la Ley 22 de 1942, y, entonces, caben estos interrogantes: Por no haber invocado el actor la Ley 22 ¿es desechable su reclamo? Puede acogerse el señor Pérez a la disposición del artículo 1º de la Ley 22, o prevalece contra él la objeción que el señor Procurador hace de que Pérez dejó de ser funcionario judicial (pagado por el Tesoro Nacional) desde varios años antes de entrar en vigencia tal ley?

A análogo reparo — formulado por la Procuraduría cuando el doctor Enrique A. Becerra demandó el pago de una pensión vitalicia por servicios prestados en la Rama Jurisdiccional — esta Sala hubo de contestar así:

"La Corte no ha admitido tal interpretación por las siguientes razones: La expresión del artículo 1º de la Ley 22: "tendrá derecho, al retirarse del puesto", tan sólo significa que no tendrá tal derecho mientras estuvieren ejercitando el puesto, sino al retirarse de él, sin determinar la época del retiro. Queda aclarada tal interpretación con lo dispuesto en el artículo 12 de la misma Ley 22, según el cual: "las prestaciones de que tratan los artículos 5º y 6º de la presente ley, se reconocerán únicamente a los funcionarios y empleados que al entrar ella en vigencia, se hallen en ejercicio de sus funciones en los respectivos cargos o en uso de licencia legal". Los artículos 5º y 6º se refieren a la "pensión por enfermedad" y "auxilio de cesantía". Estas dos prestaciones sólo podrán reconocerse a los funcionarios y empleados que al entrar en vigencia la ley se hallaban "en ejercicio de sus funciones". Luego la prestación del artículo 1º, es decir, para la pensión de jubilación, que es de lo que ahora se trata, no exigió la ley que el interesado se hallara en ejercicio de sus funciones cuando entró en vigencia, de acuerdo con el conocido aforismo: "Inclusio unius est exclusio alterius". Por otra parte, dicha interpretación es la más conforme con la ley y la equidad, teniendo en cuenta que las leyes que decretan pen-

siones son de eminente carácter social y por tanto son de utilidad pública, y que las leyes de esta especie tienen "efecto general inmediato", aun en el caso de que se restrinjan derechos amparados por ley anterior (artículo 18, Ley 153 de 1887). Anduvo por tanto acertado el doctor Becerra cuando fundó su pedimento en las disposiciones de la Ley 22 de 1942".

El celo del señor Procurador lo lleva a no dejarle al actor asidero ni en la Ley 22 ni en las que con anterioridad a 1942 favorecían pretensiones como las expuestas por Pérez Giraldo. Oigase lo que dice aquel funcionario: "el señor Pérez Giraldo no puede fundar sus peticiones en las leyes anteriores al estatuto de 1942, ya que no cumplió el tiempo requerido en tales leyes. Por tanto, no puede demandar pago alguno contra el Tesoro Nacional. Pero tampoco puede demandar pago alguno contra la Caja de Previsión puesto que jamás ha sido miembro de ella y la Caja fue instituída precisamente para pagar a sus miembros las prestaciones establecidas en la Ley 22 de 1942".

La Corte observa:

De algún tiempo a esta parte se ha visto movida la sensibilidad social de los legisladores en favor de los obreros y de los empleados, es decir, de las clases trabajadoras. Mas, a tiempo que a los empleados particulares y a otros del ramo administrativo les había otorgado la ley medios de ser favorecidos en caso de enfermedad, de despido, y cuando se les había reconocido el derecho a recibir recompensas por un largo tiempo de servicio, a los empleados de la Rama Jurisdiccional ninguna prestación de esa naturaleza les había acordado la ley. La 22 de 1942 vino a reparar tamaña injusticia.

Ese ánimo reparador de la Ley 22, debe tenerse presente al interpretar su articulado. Como en ella se dice que debe regir desde su sanción, una vez llenada esta formalidad constitucional, los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y del Contencioso Administrativo y sus subalternos han entrado en el goce pleno de las concesiones que en ejecución de esa ley les competen. Dictada ella especialmente para los funcionarios nombrados no les exige término distinto del de veinte años de servicio como condición para que puedan demandar la pensión de retiro. No hay por qué buscar entonces en otra ley término distinto como condición requerida para la recompensa.

Si la que aquí demanda Pérez ha de considerarse respaldada en una ley de carácter social de efecto inmediato — conforme a la doctrina atrás expuesta — y si la Ley 22 rige desde su sanción, es decir, desde el 15 de octubre de 1942, hay que concluír que, por la época de la instauración del juicio — agosto de 1943 — las puertas del Tribunal Superior del domicilio del actor le estaban francas para ventilar ante esa entidad el derecho a percibir la pensión de retiro. Incumbíale, por tanto, al Tribunal examinar con detenimiento si los requisitos del artículo 2º de la Ley 22 tantas veces citada estaban llenados en el juicio.

La Corte — competente para revisar en segunda instancia el fallo recaído sobre la demanda de Pérez Giraldo (artículo 10, ib.) — ya ha dicho que las condiciones relativas a la edad y al tiempo de servicio de Pérez, están acreditadas.

En cuanto a la buena conducta del presunto jubilado, la acreditan de una parte la certificación del Tribunal Superior de Medellín (fol. 29 v., cuaderno número 1). Según ese certificado, no se registra constancia alguna de que Pérez Giraldo haya sufrido condena penal de ninguna especie. De otra, los testigos Francisco y Jesús María Hoyos, Jesús Rincón y Néstor Giraldo (fols. 4 a 7 del cuaderno número 1), afirman bajo juramento la buena conducta privada y oficial de Pérez, y a esos testimonios, emanados del conocimiento directo y personal que los testigos tienen del reclamante, ningún reparo les hizo el Ministerio Público.

En lo que concierne al establecimiento de la necesidad que Pérez Giraldo tenga del auxilio del Estado, aparte del juramento prestado por el mismo Pérez, adujo éste certificaciones de no aparecer como contribuyente, lo que de suyo implica que carece de renta; y el certificado de que no hay constancia en la Administración de Hacienda de que Pérez Giraldo reciba pensión ni sueldo del Tesoro Nacional. Los testigos atrás citados deponen sobre la pobreza del demandante.

A propósito de la consideración de la necesidad que el actor tenga de la pensión para atender a su congrua subsistencia, el señor Procurador observa:

"El artículo 4º de la misma Ley (la 22 de 1942) prescribe que "el derecho a gozar de esta pensión se suspende cuando el jubilado devengue un sueldo del Tesoro Público". De suerte que parece existir una contradicción en la Ley 22 al establecer, por una parte, que sólo se goza de la pensión de jubilación cuando se carece de medios para la congrua subsistencia y, por otra, que el derecho a la pensión se suspende cuando el jubilado devengue un sueldo del Tesoro Público. Y digo que existe contradicción porque si el peticionario devenga un sueldo del Tesoro Público es muy posible que tenga medios para la congrua subsistencia y entonces, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley carece del derecho a la pensión y de conformidad con el artículo 4º ese derecho no

lo pierde el interesado, sino simplemente se le suspende mientras siga percibiendo un sueldo público. Por otra parte, si se decreta la pensión a favor del interesado, suspendiéndose apenas mientras devengue el sueldo a que se refiere el artículo 4º de la Ley 22, es evidente que no se sabe si al entrar a disfrutar de la pensión decretada el interesado carecerá o no de medios para la congrua subsistencia, pudiendo, en consecuencia, burlarse muy fácilmente de lo establecido por el aparte d) del artículo 2º de la Ley 22 de 1942. Por tanto, siendo indispensable interpretar este aspecto de la Ley 22 de 1942 por vía de doctrina, este despacho espera que así lo haga esa Honorable Corte con el objeto de fijar el alcance de los artículos 2º y 4º de la citada Ley".

"Congrua subsistencia", equivale, en el lenguaje del C. Civil, a subsistencia adecuada a la posición social de determinado individuo. La vida social es, pues, la que el legislador quiere que se tenga en cuenta cuando se trata de calificar la necesidad de un sueldo de retiro para empleados judiciales. No estuvo en la mente de aquel estimular aspiraciones, a vivir con mayores comodidades, mucho menos con boato a costa del Tesoro Público. Pero sí quiere que los antiguos servidores del Organo Judicial no tengan que ponerse, por causa de la miseria, al margen de la vida social, o que verse excluídos de los círculos a su alcance y condición correspondiente.

Un Magistrado debe ocupar, en el expuesto orden de ideas, rango social superior al que ocupa un empleado subalterno. Supóngase ahora, para aclarar la cuestión, que, por accidentes no previstos o por factores que la voluntad de un Magistrado retirado no puede contrarrestar, hubiera él venido a menos, y que, por la urgencia de vivir, tuviera que aceptar un puesto oficial de menor categoría. Se tendría entonces la ocurrencia prevista en el artículo 4º de la Ley 22: aquel empleado en trance de retiro, tendría derecho a demandar su jubilación, o sea, una pensión congruente con el puesto desempeñado en el escalafón judicial y la posición que él comporta en lo social. Tal derecho habría de quedar en suspenso, sin embargo, mientras el retirado esté devengando otro sueldo sufragado por el Tesoro Público. En ello debe verse una aplicación de la norma establecida en el artículo 64 de la enmienda de 1945: nadie puede recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes.

En el caso de autos Pérez Giraldo ha desempeñado cargos que no le permiten, ciertamente, ser catalogado como empleado de primera categoría; y, dadas las actuales condiciones económicas, hay base para creer que escasamente podía atender a la subsistencia de personas distintas de la suya propia, con los sueldos de que dan cuenta las constancias procesales.

El mayor de los sueldos que según los comprobantes agregados al juicio devengó Pérez fue el de oficial escribiente del Juzgado Superior de Medellín, y la mitad de ese sueldo alcanza apenas a la suma de cincuenta y ocho pesos con ochenta centavos ($ 58.80) mensuales. Luego al decretar el pago de esa pensión ha atendido el Tribunal a-quo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 22 tutelar de los empleados del Organo Judicial.

Esa suma mensual la debe pagar el Tesoro de la Nación demandada. Pero tal obligación no podrá hacerla efectiva Pérez Giraldo durante el tiempo en que esté devengando otra asignación del Tesoro Público, ya se llame éste Nacional, Departamental o Municipal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el reconocimiento que el Honorable Tribunal Superior de Medellín ha hecho a favor de Francisco A. Pérez Giraldo con la aclaración de que la obligación consiguiente de pagar la pensión, corre a cargo del Tesoro Nacional.

Queda en estos términos reformada la sentencia materia del recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PENSION DE UN JUEZ MUNICIPAL

El ciudadano que ha desempeñado el cargo de Juez Municipal debe ser considerado como servidor de la Rama Jurisdiccional. La Nación, representada por ese ciudadano cuando a nombre de ella ha impartido justicia, debe correr con la obligación de computar esa hoja de servicios cuando quiera que se la exhiba limpia y completa; o, en otros términos, cuando preste el mérito exigido por la ley para las recompensas, y por ella acordadas a los servidores en tal ramo.

La Ley 22 de 1942 debe aplicarse, en consecuencia, para conceder pensión a quien haya sido Juez Municipal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.

El doctor Servio Tulio Aranguren, en libelo de fecha cinco de octubre del año próximo pasado, ocurrió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que con base en la ley 22 de 1942 se le decrete una pensión mensual de jubilación equivalente a la mitad del mayor sueldo devengado por el demandante en el desempeño de empleos del Organo Judicial.

El peticionario trajo a los autos copia de los nombramientos y actas de posesión, con los cuales acredita haber servido los siguientes puestos del Organo Judicial:

1º — Juez Municipal de Bogotá desde el mes de agosto de 1909 hasta el último de julio de 1931;

2º — Juez Municipal de Bogotá en el año de 1941. mes de agosto hasta el último de julio de 1944;

3º — Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá durante seis años.

Además, con los respectivos documentos comprueba haber desempeñado los cargos de Magistrado del Tribunal de Cundinamarca en la primera suplencia; Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, en su calidad de principal y los del Juez de Circuito en diferentes municipios de Cundinamarca.

Presentó también el demandante certificados comprobatorios de su buena conducta; de haber llegado a la edad de sesenta años, y de carecer de medios para la congrua subsistencia. Toda esta documentación en armonía con lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 22 de 1942.

El Tribunal, en sentencia de fecha 13 de diciembre de 1944 negó la pensión de jubilación al demandante, y al efecto hizo las siguientes consideraciones:

Primera. — Que la demanda en cuestión va dirigida expresamente contra la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, pués así se deduce al invocar el demandante los artículos 1º y 2º de la ley 22 de 1942;

Segunda. — Que de conformidad con el artículo 15 de la ley son miembros de la Caja los funcionarios pagados por el Tesoro Nacional que pertenezcan al Organo Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo y al Ministerio Público;

Tercera. — Que aunque manifiestamente lo expresan la Constitución y el Código Judicial los jueecs municipales hacen parte del Organo Judicial, o mejor dicho, son considerados como funcionarios del citado Organo, es lo cierto que hasta el presente no han sido pagados por el Tesoro Público, sino por el de los municipios, lo que hace que el demandante doctor Aranguren no tenga derecho a la pensión solicitada de la Caja de Previsión o del Tesoro Público;

Cuarta. — Que en el caso de que la demanda que se comenta resultare dirigida contra la Nación, es insuficiente el tiempo de servicio en el desempeño de puestos del Organo Judicial "de carácter nacional" (pagados con fondos del Tesoro Nacional), para otorgar al doctor Aranguren una pensión con cargo al Tesoro Público.

El demandante apeló de la providencia del Tribunal y es así como la Corte entra a decidir de ella.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al corrérsele en traslado el expediente observó: Que el artículo 13 de la ley 22 de 1942 ordena la creación de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, con personería jurídica, y a cuyo cargo estará el pago de las prestaciones a que alude la ley 22; y que en concordancia con ello, sólo pagará las de quienes hayan sido miembros de ella. Que en orden a lo es-

tablecido por el artículo 15 de la misma ley, son miembros de la Caja "todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional que pertenezcan al Organo Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales contencioso-administrativos y al Ministerio Público"; y que en consecuencia, el funcionario que no haya sido pagado por el Tesoro Nacional no puede pedir el pago de la pensión de jubilación de que trata el primer artículo de la ley 22 de 1942. Concluye el señor Procurador manifestando lo siguiente: "..... Como el doctor Aranguren sólo demostró haber trabajado en cargos remunerados por el Tesoro Nacional durante cuatro años, su solicitud no puede resolverse favorablemente....."

Las cuestiones jurídicas planteadas por la Procuraduría en este juicio las ha considerado ya ampliamente esta Sala en el fallo que decidió de la demanda de Francisco Pérez Giraldo contra la Nación, dictado con fecha 6 del mes en curso. A él se remite para reiterar aquí las conclusiones doctrinarias de esa sentencia, contenidas en los pasajes que en seguida se copian, conforme a las cuales debe prosperar y resolverse favorablemente la acción incoada por el doctor Servio Tulio Aranguren.

"..... De los dos aspectos considerados por el señor Procurador, ninguno puede descuidarse cuando se trata de asentar doctrina en orden a reclamos de la naturaleza del formulado por el señor Pérez Giraldo.

"A) — Asentada la premisa de que dicho señor le ha servido al Organo Judicial por un espacio mayor de veinte años, ¿podrá ser óbice para el reconocimiento de la pensión de jubilación el que parte de ese tiempo de servicio lo hubiera remunerado una Tesorería Municipal?

"Ya desde mil novecientos treinta y cuatro había expuesto la Procuraduría la doctrina de que las pensiones nacionales son exclusivamente para los funcionarios nacionales. Pero en la misma vista hubo de advertir que la Corte no ha sostenido siempre esa doctrina; sino que, en algunos fallos, como en el de cinco de noviembre de mil novecientos veinticuatro, ésta ha sostenido la tesis de que el patrimonio público es uno solo, aunque parte de él esté asignado por la Constitución o por la ley a los Departamentos o a los Municipios. (No existía entonces la expresa disposición que el Constituyente de 1936 consagró en la parte final del artículo 23 del Acto Legislativo de aquel año, y según el cual "entendiénse por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios".

"Al tratarse hoy de un reclamo por servicios prestados en la Rama Jurisdiccional, no puede olvidarse lo que el artículo 47 de la enmienda de 1945 estatuye: "la justicia es un servicio público de cargo de la Nación". Tal parece que el Constituyente de 1945 hubiera querido establecer una completa armonía entre las disposiciones constitutivas de esa Rama del Poder Público. Porque a los Jueces Municipales, lo mismo que a los de Circuito y los Superiores; lo mismo que a los Magistrados de los Tribunales y a los de la Corte, se les venía exigiendo en las leyes calidades especiales por su condición de administradores de justicia. Cierto que establecían categorías, pero reconocían que todos, cualquiera que sea su categoría, la administraban como funcionarios del Estado. En ese reconocimiento estriba hoy la institución de la carrera judicial.

"Los Jueces Municipales obran, al expedir sus fallos, no en nombre del Municipio ni del Departamento, sino en nombre de la República; se apoyan no en la autoridad de los Acuerdos ni de las Ordenanzas, sino en la autoridad de la ley. Porque es el Estado quien les delega a los funcionarios del ramo la facultad anexa a la soberanía de impartir la justicia. Lógico es, pues, que a cargo del Estado corran los gastos de pensiones y recompensas debidas a esos funcionarios.

"Nuestras primeras Constituciones, a partir de la de 1811 — expedida a nombre de don Fernando, Rey de los Cundinamarqueses — consagraron como canon institucional el de que "los Jueces de primera instancia, los inferiores y las Municipalidades que hay o de nuevo se establezcan para facilitar la administración de justicia", forman parte del Poder Judicial. En esas Cartas, que todo lo definían, no podía faltar la definición de lo que sus autores entendían por Poder Judicial. Leyéndola, se advierte que ya por entonces los constituyentes aceptaron los grados de jurisdicción dentro de la unidad de una institución encaminada a "examinar las diferencias que se susciten entre los ciudadanos, fijar sus derechos, juzgar sus demandas y querellas, y aplicar las penas establecidas por las leyes a los infractores de ellas". (Título 6º de la Constitución de 1812).

"De 1821 en adelante, todas las Constituciones de nuestra Patria le encomendaron a la Ley la organización judicial en lo que mira "a los Juzgados inferiores"; la determinación de las atribuciones y los requisitos y condiciones que deben tener los llamados a ejercerlos.

"La Constitución de 1886, después de repetir en el artículo 156 que a la ley le corresponde organizar los Juzgados inferiores y determinar las atribuciones y duración de los jueces, agrega en el artículo 157 que para ser Juez Municipal no es indispensable estar versado en la ciencia del derecho. Esta disposición la derogó el constituyente de 1945, para exigir, en

cambio, como requisito para ser Juez Municipal, el de ser abogado titulado.

"Conclusión: que nuestra tradición institucional ha colocado siempre a los Juzgados Municipales como organismos integrantes de la organización de justicia nacional.

"La Enmienda Constitucional del año en curso les quitó a los Cabildos la facultad de elegir Jueces Municipales, como les quitó a las Asambleas Departamentales la función de hacer ternas para elegir Magistrados de los Tribunales. A ello se decidió el Constituyente movido por la necesidad de sustraer la administración de justicia de los vaivenes políticos tan predominantes en esos organismos. En ningún caso porque creyera que el sistema escogido para la provisión de plazas de Jueces y Magistrados afectara la esencia de la atribución soberana de impartir justicia en nombre del Estado.

"Los legisladores que no podían pasar por sobre la pauta institucional, incluyeron, al expedir los códigos de organización judicial, a los Jueces Municipales, imponiéndoles condiciones y determinando sus funciones dentro de un extenso plan orgánico de una buena administración de justicia.

"Para no remontar este relato a épocas remotas, basta con repasar lo ocurrido de 1886 para acá, ya que el régimen adoptado en la Carta de ese año es el que nos sirve actualmente de norma, aunque haya sufrido las enmiendas de 1910, 1936 y 1945.

"La Ley 61 de 1886, fijó el orden jurisdiccional en su artículo 1º, incluyendo allí a los Jueces Municipales. La Ley 57 de 1887 adoptó en su artículo 72 el mismo orden de organización judicial, reproduciendo en lo sustancial lo que predominó durante el régimen de la Federación.

"La Ley 100 de 1892 dijo lo siguiente, en su artículo 1º: "La administración de justicia se ejerce de un modo permanente por los Tribunales ordinarios que son: la Corte Suprema, los Tribunales Superiores, los Jueces Superiores, los Jueces de Circuito, los Jueces Ejecutores y los Jueces Municipales". El artículo 1º de la Ley 105 de 1931, repitió la fórmula, con la única diferencia de que en vez de incluír en la justicia ordinaria a los Jueces Ejecutores, incluyó a los Jueces de Menores.

"Debe llamarse la atención hacia las expresiones "modo permanente" y "Tribunales ordinarios" que las leyes últimamente mencionadas emplean. Porque tales expresiones dejan comprender que en el ánimo del legislador el orden jurisdiccional por él adoptado no puede sufrir alternativas; y que si la autoridad y las prerrogativas reconocidas a la Corte y a los Tribunales tienen su respaldo en la Ley, no hay razón para que ese respaldo les pueda faltar a los jueces de inferior categoría.

"Estas consideraciones llevan lógicamente a concluír: el ciudadano que ha desempeñado el cargo de Juez Municipal, debe ser considerado como servidor de la Rama Jurisdiccional. La Nación, representada por ese ciudadano cuando a nombre de ella ha impartido justicia, debe correr con la obligación de computar esa hoja de servicios cuando quiera que se la exhiba limpia y completa; o en otros términos, cuando preste el mérito exigido por la ley para las recompensas, y por ella acordada a los servidores en tal ramo.

"B) — El otro reparo que tanto el señor Procurador Delegado como el señor Fiscal y los señores Magistrados disidentes del Tribunal de Medellín le hacen al reclamo de Pérez Giraldo, entraña, hasta cierto punto, una objeción a la personería sustantiva de la entidad demandada, y, a la vez, una excepción de incompetencia de jurisdicción.

"En efecto: según el pensamiento de los disidentes, como los servicios de Pérez Giraldo fueron prestados con anterioridad a la vigencia de la Ley 22 de 1942, la recompensa la debe deprecar éste de la Nación y no de la Caja de Previsión Social del Organismo Judicial. Consecuencialmente, y de acuerdo con este argumento, es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a calificar los servicios y decretar, llegado el caso, la recompensa.

"Al principio de este fallo se hizo notar que el apoderado del actor no invocó en apoyo de su pretensión a la Ley 22 de 1942. El libelo invoca la Ley 45 de 1939 como razón para que pudiera verse exento del uso de papel sellado, y para nada menciona a la Caja de Previsión. La petición, en concreto, dice así: " 'que previa la tramitación de rigor, se decrete o resuelva que se pague al señor Pérez por cuenta de la Nación colombiana una pensión o jubilación de CINCUENTA Y OCHO PESOS OCHENTA CENTAVOS m. c. ($ 58.80) mensuales y por el resto de sus días".

"Así las cosas, pudiera decirse que la relación procesal originaria, es la que puede existir entre un servidor público de la Rama Jurisdiccional y la Nación, a quien sindica el actor como entidad comprometida a recompensarle los servicios. Ya, en ese plano, podría añadirse que el sujeto pasivo de la acción no es la Caja creada con aportes de particulares en el artículo 13 de la Ley 22 de 1942, y, entonces, caben estos interrogantes: Por no haber incoado el actor la Ley 22 ¿es desechable su reclamo? Puede acogerse el señor Pérez a la disposición del artículo 1º de la Ley 22, o prevalece contra él la objeción que el señor Procurador hace de que Pérez

dejó de ser funcionario judicial (pagado por el Tesoro Nacional) desde varios años antes de entrar en vigencia tal ley?

"A análogo reparo — formulado por la Procuraduría cuando el doctor Enrique A. Becerra demandó el pago de una pensión vitalicia por servicios prestados en la Rama Jurisdiccional, esta Sala hubo de contestar así:

"La Corte no ha admitido tal interpretación por las siguientes razones: La expresión del artículo 1º de la Ley 22: "tendrá derecho, al retirarse del puesto", tan sólo significa que no tendrá tal derecho mientras estuvieren ejerciendo el puesto, sino al retirarse de él, sin determinar la época del retiro. Queda aclarada tal interpretación con lo dispuesto en el artículo 12 de la misma Ley 22, según el cual: "las prestaciones de que tratan los artículos 5º y 6º de la presente ley, se reconocerán únicamente a los funcionarios y empleados que al entrar ella en vigencia, se hallen en ejercicio de sus funciones en los respectivos cargos o en uso de licencia legal". Los artículos 5º y 6º se refieren a la "pensión por enfermedad" y "auxilio de cesantía" Estas dos prestaciones sólo podrán reconocerse a los funcionarios y empleados que al entrar en vigencia la ley se hallaban "en ejercicio de sus funciones". Luego la prestación del artículo 1º, es decir, para la pensión de jubilación, que es lo que ahora se trata, no exigió la ley que el interesado se hallara en ejercicio de sus funciones cuando entró en vigencia, de acuerdo con el conocido aforismo: "Inclusio unios est exclusio alterius". Por otra parte, dicha interpretación es la más conforme con la ley y la equidad, teniendo en cuenta que las leyes que decretan pensiones son de eminente carácter social y por tanto son de utilidad pública, y que las leyes de esta especie tienen efecto general inmediato", aun en el caso de que se restrinjan derechos amparados por ley anterior (artículo 18, L. 153 de 1887). Anduvo por tanto acertado el doctor Becerra cuando fundó su pedimento en las disposiciones de la Ley 22 de 1942".

"El celo del señor Procurador lo lleva a no dejarle al actor asidero ni en la Ley 22 ni en las que con anterioridad a 1942 favorecían pretensiones como las expuestas por Pérez Giraldo. Oigase lo que dice aquel funcionario: "el señor Pérez Giraldo no puede fundar sus peticiones en las leyes anteriores al estatuto de 1942, ya que no cumplió el tiempo requerido en tales leyes. Por tanto, no puede demandar pago alguno contra el Tesoro Nacional. Pero tampoco puede demandar pago alguno contra la Caja de Previsión puesto que jamás ha sido miembro de ella y la Caja fue instituída precisamente para pagar a sus miembros las prestaciones establecidas en la Ley 22 de 1942".

"La Corte observa:

"De algún tiempo a esta parte se ha visto movida la sensibilidad social de los legisladores en favor de los obreros y de los empleados, es decir, de las clases trabajadoras. Mas, a tiempo que a los empleados particulares y a otros del ramo administrativo les había otorgado la ley medios de ser favorecidos en caso de enfermedad, de despido, y cuando se les había reconocido el derecho a recibir recompensas por un largo tiempo de servicios, a los empleados de la Rama Jurisdiccional ninguna prestación de esa naturaleza les había acordado la ley. La 22 de 1942 vino a reparar tamaña injusticia.

Ese ánimo reparador de la Ley 22, debe tenerse presente al interpretar su articulado. Como en ella se dice que debe regir desde su sanción, una vez llenada esta formalidad constitucional, los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y del Contencioso Administrativo y sus subalternos han entrado en el goce pleno de las concesiones que en ejecución de esa ley les competen. Dictada ella especialmente para los funcionarios nombrados, no les exige término distinto del de veinte años de servicio como condición para que puedan demandar la pensión de retiro. No hay por qué buscar entonces en otra ley término distinto como condición requerida para la recompensa.

"Si la que aquí demanda Pérez ha de considerarse respaldada en una ley de carácter social de efecto inmediato—conforme a la doctrina atrás expuesta— y si la Ley 22 rige desde su sanción, es decir, desde el 15 de octubre de 1942, hay que concluír que, por la época de la instauración del juicio — agosto de 1945 — las puertas del Tribunal Superior del domicilio del actor le estaban francas para ventilar ante esa entidad el derecho de percibir la pensión de retiro....."

El peticionario doctor Aranguren ha traído al proceso documentos con los cuales acredita los siguientes hechos, así:

1º — Que sirvió en el desempeño de empleos del Organo Judicial por más de veintinueve años, en su carácter de Juez Municipal de Bogotá desde el mes de agosto de 1909 hasta el 31 de julio de 1931, y desde el mes de agosto de 1941 hasta el 31 de julio de 1944, y como Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá, desde el 19 de junio de 1905 hasta junio de 1909. Además, acredita con las respectivas actas de posesión haber servido los cargos de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su calidad de suplente y del Distrito Judicial de Tun-

ja como Magistrado principal. También consta de autos, que el doctor Aranguren desempeñó otros cargos en el Organo Judicial, tales como Juez del Circuito de Villeta, etc.

2º — Que es mayor de sesenta años. Hecho que deja comprobado con la respectiva partida de bautismo (fl. 56, C. número 1).

3º — Que observó buena conducta en el ejercicio de los cargos judiciales, lo cual acredita con la certificación expedida por el señor Personero Municipal de Bogotá (fl. 57, C. número 1).

4º — Que no posee bienes de fortuna ni renta de ninguna naturaleza. Hecho que constata con certificado del señor Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, y con las declaraciones de los señores Guillermo Aponte y José Vicente Cuervo, de lo cual se desprende que el demandante carece de medios para la congrua subsistencia.

En esta forma, el actor deja satisfechos los demás requisitos exigidos por la Ley 22 de 1942 para gozar de la pensión de que trata el artículo 1º de la precitada ley.

Planteada por el demandante ante la Sala la cuantía de la pensión, si es de conformidad con la Ley 22 de 1942 en su artículo 1º, o en armonía con el artículo 73 de la Ley 6ª de 1945 reformatorio de aquel, la Sala opta por aplicar esta última disposición en el presente caso, por encontrarlo jurídico. El artículo en cuestión dice lo siguiente:

"**Artículo 73.** El artículo 1º de la Ley 22 de 1942 quedará así:

Los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso-Administrativo y sus respectivos subalternos, tendrán derecho, al retirarse de sus puestos, a una pensión equivalente al mayor sueldo que hubieren devengado en el desempeño de su cargo en propiedad, durante un año por lo menos".

El mayor sueldo devengado por el peticionario como Juez 2º y Juez 5º Municipal de Bogotá en propiedad y durante un año (desde el 1º de enero al 31 de julio de 1930 como Juez 2º, y desde el 1º de agosto de este año al 31 de julio de 1931 como Juez 5º) fue el de doscientos veinte pesos ($ 220.00) moneda legal.

Por lo relacionado, 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 proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 13 de diciembre del año próximo pasado, y en su lugar resuelve:

Decrétase a favor del doctor Servio Tulio Aranguren y cargo de la Nación, una pensión mensual de jubilación de doscientos veinte pesos ($ 220.00) moneda legal a partir desde la fecha de la presentación de la demanda ante el Tribunal Superior de este Distrito, es decir, desde el cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Por el Secretario, Jorge García M., Oficial Mayor.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Demanda de inexequibilidad de algunas disposiciones de la ley 64 de 1923, sobre loterías. — Significación jurídica de los términos "monopolio" y "privilegio". — Son exequibles los artículos 1º, 9º y 10º acusados—Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda 303

Incompetencia de la Corte para conocer de la demanda de inexequibilidad propuesta. Contra los Decretos 625 y 1069 de 1945, sobre retiro de un operador de la Fuerza Aérea.—Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda 308

Inexequibilidad del artículo 1º de la Ley 57 de 1944.—Se declara parcialmente inexequible esta disposición. — Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta.... 310

Decretos-leyes números 2806 de 1936, acusado como inconstitucional en todas sus disposiciones, y 326 de 1938 en su artículo 1º—Son exequibles las disposiciones acusadas por Guillermo Pardo Venegas y Bernardo Uribe Holguín.—Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza... 313

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de nulidad de un contrato por simulación.—No se casa la sentencia del Tribunal de Bogotá en el ordinario de Beatriz Pacheco de Van Meek contra el doctor Carlos Adolfo González. — Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta.. 320

Acción de nulidad de una partición.—No se casa la sentencia del Tribunal de Barranquilla, dictada en el juicio ordinario de Juan Antonio Mercado y María de la Cruz Coronado contra Valentina Coronado. — Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta 327

Acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de restitución.—No hay lugar a casar la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Carlos José y Jorge Pabón Pinzón contra Jesús Castellanos. — Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca 330

Acción de revisión conforme al artículo 1030 del Código Judicial.—Recurso de revisión. Reconocimiento de documentos.—Apreciación de pruebas.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario de Leonidas Muñoz contra Juan B. Pérez.—Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda..... 335

Acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de reivindicación. — Son acumulables las dos acciones en una misma demanda, aquella como principal y la de dueño como accesoria.—No se casa la sentencia del Tribunal de Ibagué en el ordinario de Carlos José y Jorge Pabón Pinzón contra Pedro Forero.—Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas..... 345

Acciones, principal de terminación de un contrato de arrendamiento y subsidiaria de restitución de la finca arrendada.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de Carlos José y Jorge Pabón Pinzón contra Julio Bernal.—Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza 351

Reivindicación. — Incongruencia.—Ocupantes de terrenos baldíos.—Adjudicación de baldíos.—No se casa la sentencia del Tri-

Págs.

bunal Superior de Pereira en el ordinario de Alejandrino Rodríguez contra María Antonia González de García.—Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo... 355

Acción de nulidad de un testamento.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Inés y Ana Luisa Ochoa M. contra la Sucesión de Antonio Ochoa Vélez.—Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda..... 364

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario de la familia Canal Sorzano contra la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta.—Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza 372

Acción petitoria de pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato de arrendamiento. — En qué casos debe respetarse el arrendamiento. — Mora.—En qué casos puede oponerse el contrato a terceros.— Diversas maneras de pago que un tercero hace por el deudor. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, dictada en el ordinario de Dagoberto Quiza contra Ana Rita Alvarez.—Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas..... 378

Acción negatoria de servidumbre de tránsito. Formalidades previas de Derecho procesal para la aplicación del Derecho sustantivo. Cuándo es admisible una demanda y cuándo está fundada. — Presupuestos procesales.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de Primitivo Pinzón contra Aura S. v. de Saavedra e hijos. — Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas..... 387

Reivindicación de bienes raíces sociales enajenados por el marido sin concurrencia de la mujer. — Máxima "error comunis facit jus".—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de Julia Lara v. de Calvo contra Nicolás Melendro Cuenca.—Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca..... 392

Págs.

Acción petitoria de pago de perjuicios. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Ignacio Cifuentes C. contra Eduardo Campo O. — Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza 399

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Excepción. — Incongruencia. — Instrumentos negociables. — Delito. — Graduación de culpas.—Causal primera. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Arturo Sánchez contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud. — Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 403

Mandato.—Prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Rosendo Escobar contra Manuel E. Escobar—Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca 411

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.—Confesión extrajudicial.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Joaquín E. Correa contra Marta Montoya v. de Moreno y otros—Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo..... 417

Menores de edad.—Noción de orden público. Nulidad.—No se accede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario de Nepomuceno Ordóñez contra Adolfo Zambrano y Alina Muñoz de Zambrano. — Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas..... 424

Acción de resolución de un contrato de permuta, e indemnización de perjuicios, etc. Requisitos para que haya cosa juzgada.— Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de María Elena Galarza de Everhard contra Alfonso y Félix Antonio Santofimio.—Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 434

Noción de caso fortuito.—No se accede a ca-

Págs.

sar la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario de perjuicios instaurado por Eulogia Alguero contra la Compañía Colombiana de Electricidad.—Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas..... 441

SALA DE CASACION PENAL

Delitos de intervención en la política. — Se sobresée definitivamente en favor del doctor Justo Velasco, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, del cargo de intervención en política. — Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno..... 445

Auto que declara cerrada la investigación en el proceso.—Se ordena notificar al sindicado y a su apoderado el auto de cierre de la investigación.—Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 453

Individualización de la pena. — Doctrina de Saleilles y del Código Penal Colombiano. Concurso de delitos—Concurso real.—Acumulación de penas—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Paulino Quiñones a 8 años y 6 meses de presidio, por homicidio y lesiones personales.—Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez..... 457

Qué debe entenderse por cuadrilla de malhechores.—Se reforma el fallo del Tribunal de San Gil, en el proceso contra Luis Salazar y Dionisio Quintero, por homicidio, lesiones personales y robo. — Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez 463

Explicación de las respuestas del jurado.—Circunstancia de menor peligrosidad.—Circunstancias que atenúan el hecho—Provocación.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Rodolfo Jiménez Quintero a 8 años de presidio, por homicidio. — Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada... 469

La coparticipación criminosa y la complicidad correlativa.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso contra Juan (o Juan Bautista o Juan de Dios) Lizcano y Crescencio Herrera por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno 474

Delito de robo. — Los indicios en materia penal. — Conducta delictuosa anterior del procesado.—Peligrosidad. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Luis Díaz Pacheco a 8 años de prisión, por el delito de robo. Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez A. 483

Responsabilidad proveniente de una coparticipación criminal en la ejecución de un delito.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que impuso a Antonio Badillo 8 años y 6 meses de presidio por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M. 492

Elemento diferenciador de los homicidios intencional y ultraintencional.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el proceso contra Jorge Enrique Yepes por homicidio, y se le absuelve de tal infracción.—Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno..... 497

Jurados.—Causales de nulidad en juicios por Jurados.—Causal segunda; su alcance.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva en el proceso contra Jesús Castellanos por homicidio, y se condena a dicho procesado a 8 años de presidio por tal delito.—Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada..... 499

Delito político y delito militar.—(Competencia para su juzgamiento). — Se dirime la competencia suscitada entre el Juzgado Primero Superior de Bogotá y el Juzgado Penal Militar de la Brigada de Institutos Militares, sobre el conocimiento de las diligencias sumarias contra Francisco Vargas Holguín.—Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M. 503

Facultad de calificar las circunstancias de

Págs.

peligrosidad—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en que se condenó a Luis Enrique Moreno y Efraín Marín a cinco años de presidio por el homicidio perpetrado en Ezequiel Ariza.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 512

Circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente de asesinato cuando el Jurado las agrega.—Se invalida parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso contra Tarsicio y Eliseo Rodríguez por homicidio, y se les condena a 6 años de presidio.—Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez 516

Interrupción de la prescripción por el auto de proceder.—Se ordena continuar el proceso contra el doctor Antonio Valencia Restrepo, por abuso de autoridad.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 524

Falsedad. — Se sobreseée definitivamente en favor del señor Rafael Blanco de la Rosa, por el delito de falsedad de que se le acusó. — Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada 527

Abuso de autoridad.—Interpretación del artículo 171 del Código Penal. — Se declara prescrita la acción penal contra el doctor Demetrio García Vásquez, por abuso de autoridad—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 530

La peligrosidad de los estados impulsivos por intoxicación alcohólica. — Se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el proceso contra Antonio Martínez Salamanca, por el delito de lesiones personales. — Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno..... 534

Aplicación de una ley nueva de procedimiento en materia criminal.—Se declara nulo lo actuado desde la celebración de la audiencia pública en el proceso contra Marco Tulio Marín por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M. 537

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Medellín que declara no probadas las excepciones propuestas en el ordinario de Guillermo Ocampo A. contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.—Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda. 544

Incidente de excepciones. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de la Nación contra el Banco Francés e Italiano y otros.—Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna. 547

No se repone la anterior providencia..... 550

Despachos telegráficos.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Nemesio Hoyos contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios. — Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna 553

Tacha de testigos. — Término legal para su comprobación.—Se confirman dos providencias del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio posesorio por despojo seguido por "Hacienda Real, S. A." contra la Nación.—Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 558

Lanzamiento por ocupación de hecho. — Se confirma la sentencia del Tribunal de Ibagué, en el juicio de Juan de la Rosa Ramírez Naranjo y otros, contra la Nación y Miguel Santamaría Caro.—Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R..... 560

Cheques. — Su cobro. — Endoso en blanco. Relaciones contra el girador y el beneficiario.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario por suma de pesos iniciado por Alfonso Garzón contra el Departamento de Cundinamarca. — Magistrado ponente: doctor Víctor Cock 563

Impuestos directos e indirectos.—Se confir-

Págs.

ma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada en el ordinario de Juan de J. Gutiérrez contra el Departamento de Antioquia, sobre devolución de una suma de pesos.—Magistrado ponente: doctor Víctor Cock 569

Acción petitoria de pago de perjuicios por accidente aéreo en transporte a cargo de la Nación.—Daños futuros y contingentes. Se reforma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario iniciado por la señora Emilia Posada v. de Vargas contra la Nación. — Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán.. 575

Influencia de la acción penal en el proceso civil.—Se ordena suspender el juicio ordinario de perjuicios iniciado por Elvia Ramírez de Caicedo y su hijo contra la Nación, por perjuicios, mientras se falla la acción contra Alberto Sáenz.—Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda..... 585

No se revoca el auto recurrido 590

Petróleos. — Cosa juzgada. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que declaró no probada la excepción propuesta en el juicio ordinario de Luis Reyes Rojas contra la Nación.— Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 592

Acción de dominio de las Minas de Supía y Marmato, de cuentas sobre administración de bienes, etc.—Propiedad de minas. — Se reforma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Carlos A. Castro Vega contra la Nación, y se declara probada la excepción de prescripción extintiva de las acciones personales incoadas. — Magistrado ponente: doctor Belisario Agudelo..... 596

Pensión a un antiguo miembro de la Rama Jurisdiccional. — Se reforma la sentencia del Tribunal de Medellín recaída en la demanda de pensión hecha por Francisco A. Pérez Giraldo contra la Nación. — Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado.. 612

Pensión a un Juez Municipal. — Se decreta una a favor del doctor Servio Tulio Aranguren y a cargo de la Nación.—Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán... 619

GACETA JUDICIAL

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

(Siete Partidas: Partida 1a, Título I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LIX BOGOTA - COLOMBIA OCTUBRE-NOVIEMBRE-DICIEMBRE DE 1945 NUMEROS 2025-2026-2027

SALA PLENA

DECRETOS EJECUTIVOS Nos. 465 Y 1535 DE 1906, 373 Y 973 DE 1908, 192, 429 Y 52 DE 1909, 27 Y 1024 DE 1911, 1258 DE 1918, 1640 Y 1725 DE 1919, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES. — CARECE LA CORTE DE COMPETENCIA PARA SU CONOCIMIENTO

Los artículos 214 y 216 (artículos 53 y 41, respectivamente, del Acto Legislativo número 1 de 1945) dividieron la competencia, antes privativa de la Corte, para conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los Decretos del Gobierno, en la forma siguiente: a) A la Corte Suprema las de los Decretos expedidos en virtud de las autorizaciones ordinarias y facultades extraordinarias a que se refieren los numerales 11 y 12 del artículo 76, y también de las facultades constitucionales del artículo 121, uno y otro de la Constitución, y b) Al Consejo de Estado las de los demás Decretos, es decir, de los que no sean expedidos en virtud de las facultades que los mencionados artículos 76 y 121 otorgan al Presidente de la República.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, agosto catorce de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

El Coronel Félix Restrepo Briceño, por medio de su apoderado doctor Ignacio Reyes Posada, solicitó en memorial del 28 de julio del corriente año — con fundamento en el artículo 169 de la Constitución Nacional — que la Corte Suprema declare que son inexequibles, por causa de inconstitucionalidad, los Decretos Ejecutivos 465 y 1535 de 1906, 373 y 973 de 1908, 192, 429 y 52 de 1909, por los cuales se destinó al señor Restrepo Briceño a algunos servicios militares, primero con el grado de Teniente, y posteriormente con el de Capitán y Sargento Mayor; y los Decretos Ejecutivos números 27 y 1024 de 1911, 1258 de 1918, 1640 y 1725 de 1919, por medio de los cuales se ordenaron varios traslados del señor Restrepo Briceño, todos con el grado de Mayor.

A esta solicitud de inexequibilidad añade la de anulación de los mismos Decretos y la reintegración de las sumas que el señor Félix Restrepo Briceño dejó de devengar como consecuencia de la degradación sufrida con dichos Decretos.

El demandante acompañó, además de la copia auténtica de los mencionados Decretos, expedida por el Secretario del Ministerio de Guerra, lo siguiente:

a) Copia auténtica del Decreto Ejecutivo número 1809 de 1919 por el cual se revalidó al demandante

el grado de Teniente Coronel con la antigüedad del 19 de febrero de 1901;

b) Nota número 318 del 25 de agosto de 1920, por la cual el Secretario del Senado de la República le comunica que dicha corporación, en la sesión del mismo día, aprobó el ascenso a Teniente Coronel que se le había conferido en virtud del Decreto 1809 de 1919 ya referido, y

c) Certificado original o diploma, suscrito por el Presidente General Pedro Nel Ospina y su Ministro de Guerra señor Alfonso Jaramillo, sobre el mencionado grado de Teniente Coronel conferido al señor Restrepo Briceño.

El demandante funda su acción en las siguientes normas:

a) Artículos 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (149 de la anterior Codificación) y 30 del Código de Organización Judicial, que confería a la Corte competencia para decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes o Decretos acusados ante ella como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación, y

b) Artículo 169 de la actual Constitución, según el cual "los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determina la ley".

La Corte — como se explica en seguida — no tiene competencia para decidir sobre el fondo de esta demanda, por las razones que en seguida se exponen y que, además, hacen innecesario el concepto del Procurador General.

Los artículos 214 y 216 (artículos 53 y 41, respectivamente, del Acto Legislativo número 1 de 1945) dividieron la competencia, antes privativa de la Corte, para conocer de las acusaciones, por inconstitucionalidad, de los Decretos del Gobierno, en la forma siguiente:

a) A la Corte Suprema, las de los Decretos expedidos en virtud de las autorizaciones ordinarias y facultades extraordinarias a que se refieren los numerales 11 y 12 del artículo 76, y también de las facultades constitucionales del artículo 121, uno y otro de la Constitución, y

b) Al Consejo de Estado, las de los demás Decretos, es decir, de los que no sean expedidos en virtud de las facultades que los mencionados artículos 76 y 121 otorgan al Presidente de la República.

La referencia a las nuevas normas constitucionales que acaba de hacerse, en cuanto a la competencia para decidir sobre la inexequibilidad, por inconstitucionalidad, de los Decretos del Gobierno, lleva a la conclusión de que es al Consejo de Estado, y nó a la Corte, a quien corresponde conocer de la acusación de los Decretos mencionados en esta demanda.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — resuelve no admitir la anterior demanda, y devolverla al peticionario con los documentos a ella anexos.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Hernán Salamanca. — Belisario Agudelo D.—Francisco Bruno. — Germán Alvarado. — Pedro Castillo Pineda. — Víctor Cock. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Hinestroza Daza.— Ricardo Jordán J. — Ramón Miranda. — José Antonio Montalvo. — Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serna R. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 7º DE LA LEY 71 DE 1916, 1º DE LA LEY 49 DE 1931, 8º DE LA 62 DE 1939, 1º, 2º Y 3º DE LA 45 DE 1931, 99, 100 Y 101 DE LA 167 DE 1941

1. — La técnica aconsejable en esta clase de acciones exige que se acusen separadamente los textos que se reputan inconstitucionales. Además deben cumplirse los requisitos establecidos en la Ley 96 de 1936 designando los preceptos de la Carta que se consideran infringidos por las disposiciones acusadas, sin mezclar aquellos sin orden ni concierto, circunstancia que le impide a la Corte precisar en cada caso cuál es la violación que se invoca. Finalmente, deben expresarse las razones de la inconstitucionalidad, como la ley lo ordena, a fin de que le sea posible al fallador examinar los motivos en que la acción se funda y determinar, sobre bases ciertas, el ejercicio de la tutela jurídica que la misma Constitución le ha confiado.

2. — Como lo dijo el señor Procurador no es posible declarar inconstitucional un precepto legal que fija las bases y condiciones para la creación de Municipios y que establece requisitos para esos mismos fines y para agregar o segregar términos municipales y determinar los límites entre los Distritos, puesto que la misma Constitución autoriza al legislador para precisar esas formalidades o requisitos. Estando modificados o sustituídos por nuevos ordenamientos los preceptos constitucionales que sirven de apoyo a la acusación de inexequibilidad, es obvio que la Corte deberá decidir la demanda de acuerdo con el contenido de los últimos; y de conformidad con éstos — se repite — no hay motivos que induzcan a aceptar las pretensiones del demandante. Otro tanto ocurre con las disposiciones de la ley 167 de 1941. Los textos constitucionales que entraron en vigencia desde el día 16 de febrero dejan al legislador ordinario la atribución de competencia a los Tribunales Administrativos y al Consejo de Estado para que estos organismos puedan cumplir su función jurisdiccional respecto a los actos de la administración. De donde resulta que ninguna de las disposiciones demandadas — del Código de lo Contencioso Administrativo — aparece en oposición con la norma constitucional que le sirve de fuente jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, octubre once de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

El señor Jesús María Rodríguez Guevara, ciudadano colombiano, ha pedido que la Corte, constituída en Sala Plena, declare que son inexequibles por inconstitucionales, los siguientes artículos: 7º de la Ley 71 de 1916; 1º, 2º y 3º de la Ley 45 de 1931; 1º de la Ley 49 de 1931; 99, 100 y 101 de la Ley 167 de 1941; y 8º de la Ley 62 de 1939.

A la solicitud se le dio la tramitación indicada en la Ley 96 de 1936, y se tiene ya el concepto del señor Procurador General de la Nación, que más adelante se verá.

Dicen así las disposiciones legales acusadas:

Artículo 7º (Ley 71 de 1916): "Para agregar o segregar términos municipales y para aclarar líneas limítrofes de los municipios, correspondientes a un mismo Departamento, deben cumplirse estas condiciones:

a) Petición hecha a la Asamblea respectiva por los Concejos Municipales de los Municipios afectados.

b) Estudio del punto en cuanto a límites por una Comisión plural de ingenieros nombrados así: dos ingenieros por los Concejos y uno tercero por el Gobernador.

c) Informe de este funcionario.

Si alguno de los Concejos se negare a la petición, el Municipio o Municipios interesados pueden suplir aquella formalidad enviando, cada uno de ellos, peticiones razonadas y suscritas, por quinientos ciudadanos vecinos, por lo menos. Las Asambleas podrán trasladar las cabeceras de los Municipios a otros lugares, dentro del respectivo territorio siempre que previamente se llenen estas condiciones: petición razonada del Concejo Municipal y por lo menos de quinientos ciudadanos vecinos, e informe del Gobernador sobre el particular.

Son nulas las ordenanzas que se dicten en contravención de este artículo".

Artículo 1º (Ley 45 de 1931): "Las ordenanzas u otros actos de las Asambleas Departamentales anulados definitivamente por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, en el concepto de contrarios a la Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menos que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a las Asambleas para ocuparse en tales asuntos.

"Parágrafo. Las ordenanzas y demás actos que se expidan en contravención a esta disposición son nulos. Los Gobernadores objetarán los proyectos de ordenanza que se encuentren en este caso, y estas objeciones sólo podrán ser declaradas infundadas por la mayoría absoluta de los votos de los Diputados".

Artículo 2º (Ley 45 de 1931): "Si el Gobernador no cumpliere el deber de objetar los proyectos de ordenanza, o si las objeciones fueren declaradas infundadas por la Asamblea, el acto es acusable por cualquiera de las autoridades o de las personas que puedan hacerlo conforme a la Ley 130 de 1913, y el sustanciador a quien se reparta la demanda, si estima que se trata del caso contemplado en esta Ley, ordenará en el auto de que trata el artículo 59 de la Ley 130 de 1913, la suspensión del acto acusado, como se dispone en el ordinal d) de dicho artículo".

Artículo 3º (Ley 45 de 1931): "Las disposiciones de esta Ley serán aplicables, por analogía, a los acuerdos y demás actos de los Concejos Municipales que estén en el caso previsto en los artículos anteriores. En consecuencia, los Alcaldes tendrán la obligación de objetarlos, y sus objeciones sólo podrán ser declaradas infundadas con la mayoría de los votos de los Concejales.

"El Tribunal ante el cual se intente la demanda procederá como se dispone en el artículo 2º de esta Ley".

Artículo 1º (Ley 9ª de 1931): "En lo sucesivo, para que una porción de territorio, pueda ser erigida en Municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones:

"1º Que tenga por lo menos ocho mil habitantes, y que cada uno de los Municipios de los cuales se segrega, quede, cuando menos, con una población no menor de doce mil habitantes;

"2º Que en cada uno de los tres años anteriores haya aportado a las rentas del Distrito o Distritos de que se segrega, una suma no menor de seis mil pesos ($ 6.000.00), y que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no sea menor de catorce mil pesos ($ 14.000.00);

"3º Que tenga una población en donde residan ciento cincuenta (150) familias, por lo menos, y suficiente número de personas aptas para servir los destinos públicos municipales; que existan allí mismo locales adecuados para escuelas; casa municipal, cárcel y hospital; que en caso de no ser propios del Municipio que se va a crear, éste cuente con los recursos suficientes para construírlos;

"4º Que la creación del Municipio sea solicitada por más de la mitad de los ciudadanos vecinos, y que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo Municipio. Las firmas de la solicitud deberán autenticarse ante el Juez de uno de los Distritos que sufren la segregación; y

"5º Que cada uno de los Distritos que sufren la segregación quede cuando menos, con las dos terceras partes de su territorio.

"Parágrafo. El nuevo Distrito tendrá la obligación de contribuír proporcionalmente al pago de las deudas que tuviere el Distrito o Distritos de los cuales se segrega, al tiempo de la creación. La fijación de esta cuota proporcional se hará por la Asamblea al tiempo de crear la nueva entidad".

Artículo 99 (Ley 167 de 1941): "Ningún acto administrativo anulado o suspendido por los Tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

"Artículo 100 (Ley 167 de 1941): "Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto administrativo proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

"Cuando estando pendiente un juicio se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto administrativo, y la misma corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición del artículo 99, bastará solicitar la suspensión, acompañando copia del nuevo acto.

"Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del juicio, y en la sentencia definitiva se resolverá si se levanta o mantiene la suspensión".

Artículo 101 (Ley 167 de 1941): "Los Gobernadores y Alcaldes deberán dar estricto cumplimiento a los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 45 de 1931 respecto a los proyectos de ordenanza y acuerdos municipales que reproduzcan disposiciones anuladas o suspendi-

das por los organismos de lo contencioso-administrativo.

"Para declarar infundadas las objeciones de los Gobernadores y Alcaldes, en los mencionados casos, se requerirá por parte de las Asambleas y Concejos Municipales la mayoría prevista en los citados artículos 2º y 3º de la dicha Ley 45".

Artículo 8º (Ley 62 de 1939): "Para agregar o segregar términos municipales correspondientes a un mismo Departamento, deben llenarse las siguientes condiciones:

"a) Petición motivada hecha a la Asamblea Departamental por los Concejos Municipales respectivos, y por la mitad, por lo menos, de los ciudadanos de la región que se trata de segregar;

"b) Estudio de los límites por el Ingeniero Catastral competente, asistido por los Personeros de los Municipios interesados y por el Gobernador o su representante. En el caso de que algunos de los Personeros Municipales se negare a asistir a ese estudio, la diligencia será válida con la constancia de habérsele citado personalmente en la debida oportunidad, y

"c) Informe del Gobernador.

"Parágrafo. Es entendido que los Municipios que sufran segregación deberán quedar con los requisitos exigidos por las leyes vigentes, para creación de nuevos Municipios, en cuanto a población y rentas municipales se refiere".

Demanda

El único fundamento apreciable presentado por el demandante se encuentra en el punto cuarto del libelo, en donde se lee:

"..... La presente demanda la fundamento, pues, de modo preferencial en la circunstancia relacionada de estimar las disposiciones legales demandadas y sus concordantes relacionadas de otras leyes, especialmente de la 167 de 1941, abiertamente inconstitucionales, por establecer exigencias y requisitos para la creación de nuevos Municipios, la agregación y segregación de términos municipales, que no exige la Constitución Nacional, especialmente en el numeral 4º del artículo 186".

El precepto constitucional citado por el autor de la demanda decía, en lo pertinente:

"Corresponde a las Asambleas: ..... 4º Crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de la población que determine la ley, y segregar o agregar términos municipales, consultando los intereses locales. Si de un acto de agregación o de segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponderá al Congreso".

Este artículo fue modificado por el Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 83, hoy 187 de la Codificación), habiendo quedado así:

"Corresponde a las Asambleas: ..... 4º Crear y suprimir Municipios, segregar o agregar términos municipales, y fijar límites entre los Distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".

Consideraciones previas.

Lo primero que se observa al estudiar el presente negocio, es que el libelo de demanda se refiere a una serie de disposiciones sobre distintas materias, lo que contraría la técnica aconsejable en esta clase de acciones que, por su misma naturaleza, exige que se acusen separadamente los textos que se reputan inconstitucionales. Además de ello, no se han cumplido los requisitos establecidos en la Ley 96 de 1936, porque no se designan los preceptos de la Carta que se consideran infringidos por las disposiciones acusadas, sino que se mezclan aquellos, sin orden ni concierto, circunstancia que le impide a la Corte precisar en cada caso cuál es la violación que se invoca. Finalmente, no se expresan las razones de la inconstitucionalidad, como la ley lo ordena, a fin de que le sea posible al fallador examinar los motivos en que la acción se funda, y determinarse, sobre bases ciertas, en ejercicio de la tutela jurídica que la misma Constitución le ha confiado.

Concepto de la Procuraduría

Como es breve el escrito en que el Jefe del Ministerio Público, con motivo del traslado legal que se le corrió, se ha referido a los argumentos del demandante, y, por otra parte, habrá de ponerse la Corte de acuerdo con ese concepto, tanto en el examen que trae él de la cuestión planteada por el actor, como en la petición de que no se declaren inexequibles las disposiciones acusadas, la Sala va a reproducir dicha opinión en su totalidad. Es como sigue:

"Considera el actor que las disposiciones citadas violan el numeral 1º del artículo 186 de la Constitución Nacional por estimar que aquellas normas legales establecen más exigencias, para la creación y supresión de municipios y para la agregación o segregación de términos municipales, de las que la Carta ordenó al legislador que determinara.

"No parece procedente entrar ya a analizar los argumentos del demandante, porque el artículo 186 de la C. N. que señala como violado por aquellas disposiciones legales ha sido modificado substancialmente por el Acto Legislativo número 1º (febrero 16) de 1945 reformatorio de la Constitución Nacional.

"En efecto. Según el artículo 7º del citado Acto Legislativo, corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: "..... 5º Modificar la división general del territorio, con arreglo al artículo 5º de esta Constitución; establecer y reformar, cuando convenga, las otras divisiones territoriales de que trata el artículo 6º; **y fijar las bases y condiciones para la creación de Municipios.**

"El artículo 186 de la C. N. quedó así: "Corresponde a las Asambleas: "..... 4º Crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales, y fijar límites entre los Distritos, **llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".** (He subrayado).

"De acuerdo con las dos disposiciones constitucionales citadas, hoy corresponde al legislador fijar las bases y condiciones para la creación de municipios. Y corresponde a las Asambleas crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los Distritos llenando los requisitos que establezca el legislador.

"Por consiguiente, hoy no puede demandarse como inconstitucional una ley por cuanto que fije determinadas bases y condiciones para la creación o supresión de municipios o para agregar o segregar términos municipales, ya que la Constitución actual le atribuye precisamente esa función al propio legislador.

"La disposición constitucional que el demandante dice violada, no existe ya. Las nuevas disposiciones constitucionales, que la reemplazan, no están en desacuerdo con los textos legales acusados. Por consiguiente, no puede ya declararse inexequible ninguno de los artículos acusados como inconstitucionales por el señor Rodríguez G.

"Respecto a los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 45 de 1931, que prohiben a las asambleas departamentales y a los concejos municipales reproducir en su esencia las disposiciones que hayan sido anuladas por los Tribunales Contencioso-administrativos, en determinadas circunstancias, para lo cual señalan los mismos artículos algunas obligaciones especiales a los Gobernadores y Alcaldes; y respecto a los artículos 99, 100 y 101 de la Ley 67 de 1941, que se refieren a la reproducción de actos administrativos, se observa: en primer lugar que esto debía sér objeto de una demanda separada ajustada a todas las exigencias legales, y luégo, que el demandante no presenta argumentos de ninguna clase que lleven a la conclusión de que tales disposiciones legales son inexequibles ni indicá cuáles son los textos constitucionales que, en su concepto, han sido violados con aquellos artículos legales. Por ningún aspecto encuentra la Procuraduría inconstitucionales aquellas disposiciones del legislador y, por lo mismo, cree que no pueden declararse inexequibles.

Decisión

Se había dicho que el único fundamento apreciable en la demanda era aquél que en otra parte de este fallo se transcribió, y es esa la verdad.

Sin embargo, en cuanto al argumento expuesto, se ha visto ya que no es pertinente, porque como lo dijo el señor Procurador, no es posible declarar inconstitucional un precepto legal que fija las bases y condiciones para la creación de Municipios y que establece requisitos para esos mismos fines y para agregar o segregar términos municipales y determinar los límites entre los Distritos, puesto que la misma Constitución autoriza al legislador para precisar esas formalidades o requisitos.

Estando modificados o sustituídos por nuevos ordenamientos los preceptos constitucionales que sirven de apoyo a la acusación de inexequibilidad, es obvio que la Corte deberá decidir la demanda de acuerdo con el contenido de los últimos; y de conformidad con éstos — se repite — no hay motivos que induzcan a aceptar las pretensiones del demandante.

Otro tanto ocurre con las disposiciones de la Ley 167 de 1941. Los textos constitucionales que entraron en vigencia desde el día 16 de febrero dejan al legislador ordinario la atribución de competencia a los Tribunales Administrativos y al Consejo de Estado, para que estos organismos puedan cumplir su función jurisdiccional respecto a los actos de la administración. De donde resulta que ninguna de las disposiciones demandadas — del Código de lo Contencioso Administrativo — aparece en oposición con la norma constitucional que le sirve de fuente jurídica.

Por consiguiente, la Corte declarará que son exequibles los artículos 7º de la Ley 71 de 1916, 1º de la Ley 49 de 1931 y 8º de la Ley 62 de 1939. Igual declaración tendrá que hacer con respecto a los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 45 de 1931, 99, 100 y 101 de la Ley 167 de 1941, porque en esta parte el demandante no ha presentado razones que apoyen la impugnación escueta que hace, ni la Sala halla en qué fundar una declaración contraria a la que tendrá que hacer.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en uso de la atribución que le concede el artículo 214 de la Constitución Nacional, y de acuer-

do con el concepto del señor Procurador General de la Nación,

Decide:

Son exequibles los artículos 7º de la Ley 71 de 1916, 1º de la Ley 49 de 1931 y 8º de la Ley 62 de 1939, lo mismo que los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 45 de 1931, 99, 100 y 101 de la Ley 167 de 1941.

Dése cuenta a los Ministerios de Gobierno y Hacienda.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — José Miguel Arango, Conjuez. — **Francisco Bruno. — Hernán Salamanca. — Isaías Cepeda,** Conjuez. — **Luis Eduardo Gacharná,** Conjuez. — **Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán Jiménez. — José Antonio Montalvo. — Gabriel Rodríguez Ramírez,** Conjuez. — **Domingo Sarasty M. — Ramón Miranda. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón,** Secretario.

DECRETOS EJECUTIVOS NUMEROS 687 DE 1943, 1027 DE 1943 Y 1027-BIS DEL MISMO AÑO, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES. — SE DECLARA INHIBIDA LA CORTE PARA CONOCER DE ESA ACUSACION

El Decreto 687 acusado es apenas aprobatorio de un acto del Consejo Administrativo de la Intendencia del Chocó. El 1027 y el 1027 bis — ambos de 1943 — son simples Decretos Ejecutivos, como que se limitan a establecer medidas que el Gobierno Nacional cree convenientes para la administración y manejo de las participaciones que en el erario nacional tienen los municipios y corregimientos intendenciales. Disposiciones de esa índole no son de aquellas a que se refiere limitativamente el artículo 214 de la Constitución como susceptibles de ser acusadas ante la Corte, porque no fueron dictadas en desarrollo de autorizaciones atribuídas al Gobierno dentro de la órbita constitucional para celebrar contratos o negociar empréstitos o enajenar bienes nacionales. Ni al expedirlas el Presidente hizo uso de facultades extraordinarias de las cuales se hallara revestido por exigirlo la necesidad o aconsejarla la conveniencia pública. Menos aún se trata de decretos expedidos durante un período de turbación del orden público. La acusación de tales Decretos corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Germán Alvarado).

El doctor Ramón Lozano Garcés, mayor y vecino de Quibdó, ha ocurrido a la Corte, para que ésta, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 147 de la Constitución, "declare inconstitucionales las siguientes normas:

"Primero: El artículo único del Decreto Ejecutivo Nacional número 687 de 1943 por medio del cual se aprobó el Acuerdo número 7 de 1941, proferido por el Consejo Administrativo de la Intendencia del Chocó, en cuanto a las siguientes disposiciones: a) 'Artículo 2º El monto de las participaciones que a cada Municipio corresponda de conformidad con el artículo precedente, se aplicará así: un treinta por ciento (30 %) que se pagará directa y mensualmente al Municipio para sus gastos de administración; y un setenta por ciento (70 %) que ingresará mes por mes a un Fondo Especial denominado FONDO INTENDENCIAL PARA OBRAS PUBLICAS MUNICIPALES, de que se hablará adelante. — Parágrafo: No se atenderá al pago de las cuotas por el treinta por ciento (30 %) a que este artículo se refiere, mientras la fianza del respectivo Tesorero Municipal no aparezca aprobada por la Auditoría Fiscal y mientras a la cuenta de cobro no se acompañe la constancia de haber sido rendida por el responsable y fenecidas sin alcance en la primera instancia, las cuentas de su manejo correspondiente al mes anterior al en que se hayan causado las participaciones que se obran. Con todo, podrá hacerse el pago si el Tesorero cauciona a satisfacción de la Intendencia y de la Contraloría General el manejo de la cuota que haya de pagarse"; b) — Artículo 3º .....
... ...

Parágrafo: La imputación de la partida presupuestal será: 1º Para pagar a los municipios de la Intendencia las participaciones a que tienen derecho y así entregarles directamente el treinta por ciento (30 %) de ellas. Lo mismo se hará en los acuerdos mensuales. — 2º Para pagar a los Municipios de la Intendencia las participaciones a que tienen derecho y así constituír con el setenta por ciento (70 %) el Fondo de obras públicas municipales. Lo mismo se hará en los acuerdos mensuales'.

"Segundo: Las siguientes disposiciones del Decreto Ejecutivo Nacional número 1027 de 1943 que aprobó con modificaciones el Acuerdo número 6 de 1943 dictado por el Consejo Administrativo del Chocó: a) El artículo 49 del siguiente tenor, y en la parte que se copia: 'Para las obras municipales y corregimentales que indiquen los respectivos Consejos y Juntas de Hacienda como equivalentes al 70 % de las participaciones de los Municipios y Corregimientos en las rentas ordinarias de la Intendencia, de acuerdo con la Ley 2ª de 1943'; b) El artículo 49 bis en la parte que se copia: 'Para pagar a los Municipios y Corregimientos intendenciales el 30 % restante del valor total de sus participaciones en rentas or-

dinarias de la Intendencia en concordia con el artículo anterior y para gastos de administración'.

"Tercero: La siguiente disposición del Decreto Ejecutivo Nacional número 1027 bis de 1943: 'artículo 42. Para el pago e inversión de las participaciones municipales, los municipios se atemperarán a las disposiciones del Acuerdo número 7 de 1941, aprobado por el Decreto Ejecutivo número 687 de 3 de abril del corriente año' ".

Estima el demandante que las acusadas disposiciones violan: primeramente, lo estatuído en los artículos 182 (artículo 50, Acto Legislativo número 3 de 1910) en concordancia con el artículo 26 (artículo 10 del Acto Legislativo de 1936). Y además lo estatuído en el artículo 150 (artículo 40 del Acto Legislativo número 3 de 1910), por las siguientes razones:

"Primera. El Decreto Ejecutivo 687 de 1943, al aprobar el Acuerdo número 7 de la Intendencia del Chocó, entra a disponer que parte muy importante de un renglón considerable de las rentas municipales, no ingrese a los fondos comunes de tales entes jurídicos, sino que pase arbitrariamente a formar un fondo **intendencial de obras públicas** municipales.

"Segunda: No sólo se contenta la disposición aludida con asignar rentas municipales a fines que los Consejos no han establecido sino que pone trabas a la percepción de las participaciones, haciendo depender el cobro de tales rentas de circunstancias extrañas al nacimiento del derecho, como son las que se refieren a presentación de cuentas de manejo de los Tesoreros Municipales y al fenecimiento de las mismas.

"Tercera: Habiendo dispuesto la ley que los Municipios tienen una participación en varias rentas seccionales, constituyen esos proventos bienes propios de los distritos que no pueden ser vulnerados por leyes ni decretos posteriores, salvo el conjunto de excepciones establecidas en el artículo 26 de la Codificación Constitucional y que en ningún caso calzan al caso contemplado por el Decreto 687 de 1943.

"Cuarto: Por las mismas razones anotadas en los numerales anteriores, las disposiciones acusadas de los Decretos 1027 y 1027 bis, violan las garantías patrimoniales fijadas en las normas constitucionales citadas en esta demanda.

"Quinta: Es evidente que si la Constitución Nacional establece que los bienes de los Municipios no pueden ser ocupados sino con los requisitos que la misma Carta fundamental trae, mal pueden el Legislador o el Ejecutivo entrar a disponer de parte de esos bienes, entre los cuales están las participaciones en las rentas departamentales e intendenciales.

"Quinta (sic): Los distritos chocoanos no desaparecieron como personas jurídicas al expedirse el Acto Legislativo de 1936 porque es bien sabido que hasta tanto se vota una ley eliminatoria de tales organismos, deben subsistir a la reforma del 36, ya que ella misma dio al Legislador ordinario la facultad de proveer a la división administrativa de los Territorios Nacionales. Naturalmente que cualquier reglamentación que intenten el Legislador y el Ejecutivo, debe acomodarse a los rígidos moldes de la Constitución Nacional.

"Pero hay más: El artículo 3º de la Ley 25 de 1935 dispuso que de hecho quedarían reconocidos los Municipios que antes de la vigencia de la Ley 71 de 1916 fueron tratados como tales por actos administrativos. Son numerosos los decretos del Ejecutivo Nacional y los actos administrativos del mismo, anteriores a 1916 en que se dio a los Municipios chocoanos el tratamiento a que alude la Ley 71".

Recibida la demanda, se le dio noticia de ella al señor Procurador, quien expuso su concepto, que es el de que no hay fundamento para decretar la inexequibilidad solicitada.

Como la materia de la acusación son las disposiciones de unos Decretos, tiene que empezar la Corte por examinar si al expedir el Gobierno Nacional tales decretos obró en uso de facultades que el Congreso puede otorgarle con arreglo a los numerales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución, o en el caso previsto en el artículo 121 de la misma obra; o si los expidió simplemente en ejercicio de la facultad reglamentaria de que trata el numeral 3º del artículo 115 de la misma Carta, o si son decretos de otra naturaleza.

Las propias voces de la demanda delatan el carácter de los Decretos acusados. El 687 es apenas aprobatorio de un acto del Consejo Administrativo de la Intendencia. El 1027 y el 1027 bis — ambos de 1943 — son simples Decretos Ejecutivos, como que se limitan a establecer medidas que el Gobierno Nacional cree convenientes para la administración y manejo de las participaciones que en el erario nacional tienen los Municipios y Corregimientos intendenciales.

Disposiciones de esa índole no son de aquellas a que se refiere limitativamente el artículo 214 de la Constitución como susceptibles de ser acusadas ante la Corte, porque no fueron dictadas en desarrollo de autorizaciones atribuídas al gobierno dentro de la órbita constitucional para celebrar contratos o negociar empréstitos o enajenar bienes nacionales. Ni al expedirlas el Presidente hizo uso de facultades extraordinarias de las cuales se hallaba revestido por exigirlo la necesidad o aconsejarlo la conveniencia pú-

blica. Menos aún se trata de decretos expedidos durante un período de turbación del orden público.

El artículo 216 de la Constitución, atribuye a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las acusaciones de Decretos como los que el doctor Lozano Garcés tacha de inconstitucionales.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, SE DECLARA INHIBIDA para conocer de la acusación de inexequibilidad que el señor Ramón Lozano Garcés ha formulado contra los Decretos números 687, 1027 y 1027 bis, de 1943, expedidos por el Ejecutivo Nacional.

Comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público, notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Hernán Salamanca.—Pedro Castillo Pineda. — Víctor Cock. — Agustín Gómez Prada.—Jorge Enrique Gutiérrez Anzola. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán Jiménez. — Ramón Miranda. — José Antonio Montalvo. — Domingo Sarasty M. — Eleutério Serna R. — Arturo Tapias Pilonita. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ARTICULO 2º DEL DECRETO-LEY NUMERO 1413 DE 1942 ACUSADO EN SU INCISO 2º COMO INCONSTITUCIONAL

El inciso 2º del artículo 2º del Decreto acusado no determina por sí solo en qué consiste el régimen de control ni las facultades y deberes del administrador fiduciario, ni el alcance de sus funciones, ni lo que éste deba hacer con el producto de las utilidades de las empresas colocadas bajo su control, ni con las cuotas o dividendos que en tales utilidades correspondan o puedan corresponder a extranjeros o nacionales colombianos, pues ello es materia de otras disposiciones a las cuales se remite el dicho inciso y que no han sido acusadas, como son las contenidas en los Decretos-Leyes 59 y 147 de 1942, que llevan en sí la presunción de ser constitucionales mientras no se declare lo contrario. Sin embargo, es tan estrecha la armonía, vinculación y dependencia de aquél con respecto a éstos que propiamente puede decirse que el primero nada nuevo en realidad dispone que no esté contenido y previsto en los segundos. Así, el régimen de administración fiduciaria que consagran los Decretos 59 y 147 es el mismo que se aplica, sin variantes de ningún género, a los bienes, derechos y acciones de que habla el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1413; si en los primeros se establece el mencionado régimen con respecto a sociedades extranjeras, en el segundo también se aplica el mismo régimen para esas sociedades; si por medio de éste se colocan bajo administración fiduciria bienes, derechos y acciones en seciedades extranjeras, en aquéllos ocurre de igual modo; si el Decreto acusado adopta el criterio ó teoría de determinar la nacionalidad de las sociedades tomando en cuenta el elemento humano, o sea la nacionalidad de los accionistas que las integran, los artículos 1º, ordinal f) del Decreto 59, y 8º, ordinal a) del Decreto 143, también lo acogen con la sola diferencia adjetiva de que en éstos se requiere que la propiedad de las empresas corresponda en proporción de un 50 % a ciudadanos de Alemania, Italia y el Japón y en aquél, que una "proporción importante" de las acciones corresponda a nacionales de los Estados miembros del Pacto Tripartito; pero por el aspecto de esa diferencia meramente numérica ni el actor ha atacado la disposición que tiene acusada, pues ya se vio al principio cuál es el fundamento de su demanda, ni ella tiene repercusión alguna desde el punto de vista constitucional. Entonces resulta notoriamente claro que por cualquier aspecto que pudiera contemplarse la disposición acusada para decidir sobre su exequibilidad práctica e implícitamente se estaría decidiendo sobre la de aquellos dos, pues el alcance y las repercusiones legales y constitucionales del inciso 2º del artículo 2º del Decreto número 1413 habría que determinarlo mediante el examen de las normas consignadas en los Decretos 59 y 147 ya referidos, es decir, entrando a estudiar la constitucionalidad de éstos, y esa es una tarea que escapa ahora y con ocasión de esta demanda a la jurisdicción de la Corte, ya que ellos no han sido acusados por el demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

En uso de las facultades extraordinarias de que fue revestido el Presidente de la República por el artículo 16 de la Ley 128 de 1941, se dictaron los Decretos números 59, 147 y 1413 de 1942, sobre control y administración de bienes de extranjeros.

Del régimen de fideicomiso exceptuó el artículo 1º del citado Decreto 1413, los bienes y valores de los nacionales de Francia, que tengan su domicilio dentro de la demarcación metropolitana o en las colonias y territorios bajo mandato francés y en la parte no ocupada militarmente por Alemania, Italia y Japón, y los de Holanda y Bélgica domiciliados en las colonias y territorios de esos países también bajo mandato holandés o belga, en la parte no ocupada por las potencias del Eje.

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior (expresa el artículo 2º del Decreto 1413), continuarán sujetos al régimen de control y administración fiduciaria de que tratan los Decretos 59 y 147 de 1942, los siguientes bienes, derechos y valores:

"1º — .....

"2º — Los bienes y derechos de sociedades y las acciones en las mismas, cuando una proporción importante de estas últimas pertenezca a nacionales de Estados miembros del Pacto Tripartito".

Contra ese ordinal 2º se dirige la demanda que el señor Raúl Arias ha presentado a la Corte Suprema, para que ésta lo declare inexequible en cumplimiento de la atribución constitucional que al respecto corresponde.

Motivos de la acción

Escribe el demandante:

"Aparece, de acuerdo con la disposición antes citada, que el Gobierno Nacional puede aplicar un régimen establecido para los bienes de personas naturales o jurídicas de Estados enemigos, a sociedades colombianas cuyas acciones en una proporción importante pertenezcan a extranjeros.

"Considero que esta disposición viola la letra y el espíritu de la Constitución Nacional por cuanto que:

"a) — Existen disposiciones distintas en nuestra Carta Fundamental con respecto a las sociedades colombianas y a las sociedades extranjeras. Las primeras se regulan por el artículo 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936 (44 de la Codificación), que estimo ha sido violado y que dice:

'Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal'.

"Las segundas, por el artículo 6º del Acto Legislativo número 1º de 1936 (12 de la Codificación), que también considero violado y que dice:

'La capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana".

"La facultad de imponer restricciones al régimen de las sociedades extranjeras está reservada al legislador, de acuerdo con el artículo 6º del Acto Legislativo número 1º de 1936 que venimos comentando. Quiere esto decir, en otros términos, que debe procederse por vía general como cuando se dice, por ejemplo, que las sociedades alemanas domiciliadas en el país se sujetarán al régimen de fideicomiso. Pero, de ningún modo, puede un Decreto, como el que comentamos, decir que el régimen de las sociedades queda sujeto a que a juicio del Gobierno los accionistas tengan tal o cual nacionalidad.

"De acuerdo con el Decreto citado, aparece que según el Ejecutivo considere importante el número de acciones de un extranjero en una compañía, puede proceder a aplicársele a dicha compañía un régimen de restricción de derechos que no es aplicable a las personas naturales colombianas que hacen uso de su derecho de asociación. Resulta, pues, que el derecho de asociación consagrado por igual para todos los colombianos, varía a voluntad del Gobierno, según que el colombiano se asocie con un nacional o un extranjero bajo las leyes de Colombia.

"b) — Hay una consideración de carácter práctico que pone de manifiesto la sin razón del sistema adoptado en el Decreto: sí, evidentemente, una sociedad tiene una parte importante de sus acciones en manos de enemigos de Colombia, el Gobierno Nacional puede controlar y dirigir dicha sociedad, haciendo uso de la mayoría que le confieren esas acciones puestas en fideicomiso. En tal caso, no se vulnera el derecho de los colombianos accionistas de la sociedad y se consiguen las finalidades perseguidas por el Decreto. Mediante el procedimiento que criticamos, el Gobierno no toma las acciones sino la sociedad misma y ocurre entonces que los colombianos accionistas de esa sociedad administrada por una entidad designada por el Gobierno Nacional, pierden el derecho a recibir sus dividendos que deben invertirse en bonos como los de todas las sociedades que están puestas bajo fideicomiso.

"Cuando esos ciudadanos colombianos entraron a asociarse con naturales de otros países, lo hacían en uso de sus derechos civiles y garantías sociales, consagrados por la Constitución, y el hecho de que el país haya roto hostilidades o pueda declarar la guerra a los Estados a que pertenecen sus presuntos socios, no es razón para que el colombiano sufra menoscabo alguno en su patrimonio. El derecho a recibir su participación en las compañías que formaron los colombianos antes de la guerra, sigue intacto. Puede ser que a virtud de las circunstancias el Gobierno Nacional, por intermedio de un fideicomisario, y no de un súbdito alemán, italiano o japonés, sea su socio. Cambia el socio, pero la situación del nacional colombiano no se puede afectar. Es a todas luces inconstitucional el que por la vía de considerar la sociedad extranjera se involucre al colombiano dentro de disposiciones dictadas para los extranjeros".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador juzga que es inexequible el ordinal acusado, y, al efecto, razona así:

"La Procuraduría no considera que la disposición acusada sea violatoria del primero de los textos invocados, toda vez que ni de su contenido, ni de su espíritu ni de las finalidades que con ellos se buscan puede deducirse que se pretenda desconocer el derecho de libre asociación, consagrado por el artículo 44 de la Carta. La existencia y reconocimien-

to de tal derecho quedan a salvo con la disposición acusada, ya que con ella apenas se establece un ordenamiento legal específico al cual han de someterse ciertas sociedades. Por este aspecto la acusación es infundada".

Luégo sostiene que "no puede decirse lo mismo en cuanto a la acusación de ser violatorio el ordinal 2º en mención del artículo 12 de la Constitución", porque en su concepto este texto "significa justamente que en Colombia no es posible distinguir entre sociedades colombianas y sociedades extranjeras, para aplicarles a éstas una ley y a aquéllas otra. Toda persona jurídica, reconocida como legalmente existente dentro del territorio nacional, es colombiana, sometida en todos sus aspectos a la legislación colombiana".

". . . . . .

"De donde se concluye que el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1413 de 1942 si viola el artículo 12 de la Carta Fundamental, en cuanto introduce la distinción de sociedades nacionales y sociedades extranjeras, distinción que quiso abolir de nuestro sistema jurídico el constituyente.

Y refiriéndose al Decreto 1413 de 1942, concluye así:

"En presencia de este Decreto, surge una disyuntiva:

"O se aplica el principio constitucional de que en Colombia todas las sociedades son colombianas, y entonces a ellas no puede aplicárseles el régimen especial para extranjeros.

"O se considera que en Colombia puede haber sociedades extranjeras, y entonces se está violando el artículo 12 de la Constitución".

La Corte considera:

El inciso 2º del artículo 2º del Decreto acusado se limita simplemente a disponer, como ya se ha visto, que continúan sometidos al régimen de administración fiduciaria de que tratan los Decretos 59 y 147 de 1942 los bienes y derechos de sociedades y las acciones en las mismas cuando se encuentren en el caso en dicho inciso contemplado; pero esa disposición no determina por sí sola en qué consiste el régimen de control ni las facultades y deberes del administrador fiduciario, ni el alcance de sus funciones, ni lo que éste deba hacer con el producto de las utilidades de las empresas colocadas bajo su control, ni con las cuotas o dividendos que en tales utilidades correspondan o puedan corresponder a extranjeros o nacionales colombianos, pues ello es materia de otras disposiciones a las cuales se remite el dicho inciso 2º del artículo 2º y que no han sido acusadas por el demandante, como son las contenidas en los Decretos-Leyes 59 y 147 de 1942, que llevan en sí la presunción de ser constitucionales mientras no se declare lo contrario.

Sin embargo es tan estrecha la armonía, vinculación y dependencia de aquél con respecto a éstos que propiamente puede decirse que el primero nada nuevo en realidad dispone que no esté contenido y previsto en los segundos. Así, el régimen de administración fiduciaria que consagran los Decretos 59 y 147 es el mismo que se aplica, sin variantes de ningún género, a los bienes, derechos y acciones de que habla el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1413; si en los primeros se establece el mencionado régimen con respecto a sociedades extranjeras, en el segundo también se aplica el mismo régimen para esas sociedades; si por medio de éste se colocan bajo administración fiduciaria bienes, derechos y acciones en sociedades extranjeras, en aquéllos ocurre de igual modo; si el Decreto acusado adopta el criterio o teoría de determinar la nacionalidad de las sociedades tomando en cuenta el elemento humano o sea la nacionalidad de los accionistas que las integran, los artículos 1º, ordial f), del Decreto 59, y 8º, ordinal a), del Decreto 143, también lo acogen con la sola diferencia adjetiva de que en éstos se requiere que la propiedad de las empresas corresponda en proporción de un 50 % a ciudadanos de Alemania, Italia y el Japón y en aquél, que una "proporción importante" de las acciones corresponda a nacionales de los Estados miembros del Pacto Tripartito; pero por el aspecto de esa diferencia meramente numérica ni el actor ha atacado la disposición que tiene acusada — pues ya vimos al principio cuál es el fundamento de su demanda — ni ella tiene repercusión alguna desde el punto de vista constitucional.

Entonces resulta notoriamente claro que por cualquier aspecto que pudiera contemplarse la disposición acusada para decidir sobre su exequibilidad práctica e implícitamente se estaría decidiendo sobre la de aquellos dos, pues el alcance y las repercusiones legales y constitucionales del inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1413 habría que determinarlo mediante el examen de las normas consignadas en los Decretos 59 y 147 ya referidos, es decir, entrando a estudiar la constitucionalidad de éstos, y esa es una tarea que escapa ahora y con ocasión de esta demanda a la jurisdicción de la Corte, ya que ellos no han sido acusados por el demandante.

Todo lo anterior trae, pues, como consecuencia que por no haberse acusado los Decretos-Leyes 59 y 147 de 1942, no le sea dable a la Corte entrar a considerar la tacha de inconstitucionalidad que según el demandante merece el inciso 2º del artículo 2º del Decreto-Ley 1413 de 1942.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -- Sala Plena, — resuelve que no hay lugar a decidir sobre la acusación que se ha propuesto en contra del inciso 2º del Decreto-Ley 1413 de 1942, arriba citado.

Publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Hernán Salamanca.—Pedro Castillo Pineda. — Víctor Cock. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán Jiménez. — Ramón Miranda. — José Antonio Montalvo. — Domingo Sarasty.— Eleuterio Serna R. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel José Vargas. — Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE CONCEDE UN AUXILIO AL MUNICIPIO DE PEREIRA PARA LA CONSTRUCCION DEL AERODROMO DE "MATECAÑA"

Si se consideran los numerales del artículo 76 de la Constitución Nacional conexos con el 4º, no puede entenderse que en ese artículo se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que en el numeral 1º le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera de conformidad con los planes y programas que fijen las leyes respectivas. Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, tiene el Congreso, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales. Se escalona de esta manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos truncos o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad, o siquiera su terminación.

Aunque no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y proveé a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, es incuestionable que están sometidas ineludiblemente a un orden de precedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas. No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19 de allí. Quiso el Congreso, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias a la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado también en planes y programas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En atención a que el Congreso declaró infundadas las objeciones que por motivos de inconstitucionalidad le formuló el Excmo. Sr. Presidente de la República al Proyecto de Ley "por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aérodromo de "Matecaña", va la Corte, de acuerdo con la atribución que le da el artículo 90 de la Carta, a estudiar y decidir el problema planteado. Por primera vez, después de la vigencia del Acto Legislativo número 1º de 1945, le corresponde a esta Corporación intervenir en un asunto de tanta importancia y pronunciarse acerca del mismo, puesto que se trata de fijar un criterio para el entendimiento de cláusulas del estatuto fundamental, que fueron propuestas por el Ejecutivo con un sentido muy claro y justificado de ordenar las tareas parlamentarias y de suministrarle a la labor del Congreso un instrumen-

to eficaz para la mejor efectividad de su **trabajo**, procurando que ajustara en el futuro la expedición de cierto género de leyes a un método, a una orientación adecuada.

El Proyecto de Ley objetado dice textualmente:

"El Congreso de Colombia,

"DECRETA:

"Artículo 1º Destínase la suma de trescientos mil pesos ($ 300.000.00) como auxilio de la Nación al aeródromo que actualmente construye Pereira en el sitio denominado "Matecaña". Esta suma será pagada al tesoro de dicho municipio.

"Artículo 2º Esta ley regirá desde su sanción.

"Dada en Bogotá, a veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco".

El Ejecutivo haciendo uso de la facultad que le confiere el numeral SEPTIMO del artículo 118 de la Constitución objeta el Proyecto de Ley transcrito, en mensaje de seis de noviembre de este año.

Devuelto a las Cámaras, el Senado declaró infundadas las objeciones de inconstuticionalidad. Y fue así como, a virtud de la insistencia de ellas al desechar los reparos formulados por el señor Presidente de la República, fue enviado dicho Proyecto, con sus antecedentes, a esta entidad para que ella decida sobre la materia controvertida.

Califica el Jefe del Estado de inconstitucional el Proyecto de Ley de que se ha venido hablando, por cuanto le considera violatorio de los ordinales 4º, 19 y 20 del artículo 76 del Estatuto, que dicen, en su orden:

"Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas". (Numeral 4º)

"Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas". (Numeral 19).

"Fomentar las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". (Numeral 20).

La tesis del objetante está expuesta con amplitud y con singular lógica en los siguientes párrafos del pliego que se ha mencionado:

"La Constitución de 1886 señaló entre las atribuciones del Congreso la de 'fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo'. No se establecieron limitaciones de ninguna clase "y el Congreso apreciaba las calidades exigidas a las empresas que juzgaba conveniente apoyar".

"El hecho mismo del auxilio fijaba el pensamiento legislativo y el concepto que los parlamentarios se hubieran formado de las referidas empresas".

"La reforma constitucional de 1945, en su artículo 76, cambió lo que se hallaba rigiendo, y enumeró entre las facultades de la rama legislativa la de fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

"Si el procedimiento legislativo fuera hoy el mismo, la última frase del ordinal reproducido, carecería de objeto y habría bastante con mantener intacta la que venía imperando. La expresión aditiva significa una mudanza justificada o resulta inútil".

"..... Se observa con la simple lectura que fue propósito del constituyente orientar las diversas iniciativas de progreso en el sentido de que ellas obedezcan a un plan metódico y armónico que consultando las necesidades públicas evite la anarquía y el desorden".

"La experiencia del régimen de auxilios incontrolados, quedó señalada en nuestra historia por un saldo no siempre favorable que, al dispersar energías y recursos, colocó al país en presencia de muchas obras empezadas y de otras abandonadas".

"..... Aparece claro de la reforma constitucional que propuso el legislador fundamental en los numerales 4 y 19 del artículo 76 de la Carta, cuando hablé de fijar los planes y programas a que deben someterse el fomento de la economía nacional y las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse y cuando dispuso que con arreglo a dichos planes y programas, expresados en leyes, se decretan las obras públicas".

"Tales planes y programas tienen por objeto distribuír razonablemente el esfuerzo fiscal en etapas dicisivas, para que toda obra tenga no solamente iniciación, como ocurre ahora muchas veces, sino conclusión dentro de un término más o menos fijo. Para ello es preciso calcular qué significan las diversas obras desde el punto de vista fiscal, como desarrollo económico para la Nación, como empleo de materiales y de mano de obra, el estudio también de la posibilidad de financiarlas adecuadamente. Esos planes cubrirán, pues, la mayor parte de las disponibilidades ordinarias del presupuesto nacional, pero sería imposible que se realizara tan excelente propósito si se dejara, por otro lado, abierta la vena fiscal, sin ninguna limitación, con la irrestricta facultad de votar auxilios para fomentar las empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo. Se-

rá preciso que existan también planes y programas para distribuír las partidas que el legislador considera conveniente destinar a estos auxilios de fomento, y preciso también que se establezca en dichos planes qué obras, por qué razones y en qué proporción a tiempo que se fije también, de una manera categórica, qué parte del presupuesto ha de destinarse a estos auxilios para que no perjudique la financiación planificada de las grandes empresas de fomento económico u obras públicas que haya de emprender la Nación".

Por su parte las Cámaras, después de aprobar de nuevo el segundo proyecto de ley, aceptaron la conclusión que figura en la ponencia del senador Andrade, que fue la siguiente:

"Decláranse infundadas las objeciones del señor Presidente de la República al proyecto de ley "por la cual se concede un auxilio al municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de "Matecaña", y de acuerdo con el mandato excepcional contenido en el artículo 90 de la Constitución, pase el Proyecto de referencia a la Corte Suprema de Justicia para que dentro de seis días decida sobre la exequibilidad de este Proyecto".

Esta proposición está, como es natural, precedida de serios fundamentos, de los cuales va la Sala a destacar los que se copian a continuación:

"El constituyente de 1945 consagró por lo que se refiere al fomento de la economía nacional, de las obras públicas y de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, la atribución de fijar los planes y programas a que deben acomodarse aquellas.

Antes de 1945 esta atribución existía implícita; en la reforma del presente año se hizo explícita, pero siempre como atribución de que hará uso el legislador cuando lo estime procedente, sin que ello implique ni pueda implicar jamás que si no ejercita tal función quede privado de la posibilidad constitucional de ejercer las atribuciones que le son esenciales, como ésta de decretar una obra pública o como la de disponer que continúen las que se hubieran iniciado. Repetimos: ¿carece el Congreso de la facultad de expedir leyes sobre construcción o continuación de obras públicas mientras no ejercite la atribución de decretar las que fijen los planos y programas de todas ellas? De ninguna manera".

"..... Así lo entendió la comisión 3ª del Senado cuando en la sesión del 17 de agosto último aprobó la siguiente proposición:

'La Comisión tercera conceptúa que mientras el Congreso no ejercite la función determinada en el ordinal 4º del artículo 76 de la Constitución, sobre la expedición de la ley que determine los planes y programas de las obras públicas, puede decretar la iniciación y continuación de obras sin someterse a planes y programas aún inexistentes. Además, hace presente que habiéndose negado, por el Congreso la disposición del proyecto de reforma constitucional que limitaba la iniciativa parlamentaria en los gastos públicos, el Congreso tiene la plenitud de sus atribuciones en esta materia'.

"..... Si se aceptara la tesis del señor Presidente de la República en cuanto pretende subordinar el ejercicio de una función esencial del Congreso, como es la de decretar la construcción o continuación de obras públicas, al ejercicio de la atribución, de fijar los planes y programas a que deben someterse aquéllas, llevaría al absurdo de sostener que la eliminación o aplazamiento indefinido del uso de una simple facultad — la de fijar planes y programas — determinara la paralización de todas las obras públicas, con daño evidente para la Nación".

"..... Pero se dirá que si el Congreso se abstiene indefinidamente de fijar los planes y programas de su labor, se frustraría el propósito del constituyente consignado en los numerales 4, 19 y 20 del artículo 76, o sea el de orientar las iniciativas de progreso hacia realizaciones metódicas, armónicas y técnicas. El argumento es deslumbrante pero no convincente; no se apoya en fundamentos ciertos sino simplemente condicionales; el Congreso no se abstiene indefinidamente de reglamentar el ejercicio de las atribuciones que así lo exigen. Para el presente caso, el Gobierno que concibió, presentó e hizo prosperar la reforma constitucional, debió formular y presentar el proyecto de ley que fije los planes y programas en materia de obras públicas, tanto más cuanto que es de la especialidad de sus funciones el tema de esa reglamentación. Y no se diga que ha presentado el proyecto de ley sobre **"planificación"**, porque ese proyecto contempla en rigor la función administrativa, con muy discutible técnica, mientras que la que fije los planes y programas de obras públicas, como lo preconiza el numeral 4º del artículo 76 tantas veces citado, pertenece al orden estrictamente legal, o sea a la técnica legislativa".

Finalmente, en la ponencia de la cual se han transcrito los pasajes pertinentes a la discusión suscitada, se habla de algunas contradicciones en que ha incurrido el Gobierno al someter a la consideración de las Cámaras varios proyectos de ley sobre construcción y continuación de obras públicas, sin haberse expedido la ley correspondiente que determine los planes y programas a que esas obras deben sujetarse.

Concepto del Procurador

La opinión del Jefe del Ministerio Público, quien ha solicitado que se declare inconstitucional el Proyecto de Ley materia de este debate, puede resumirse así:

a) Que no obstante haber rechazado el constituyente la distinción entre leyes orgánicas y leyes comunes que se propuso en la reforma constitucional, esta distinción sí quedó consagrada implícitamente en los textos aprobados, puesto que el artículo 80, al referirse a la regla general de la anterior disposición respecto de que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras, establece estas dos excepciones:

"1º Las leyes sobre contribuciones u orgánicas del Ministerio Público, que deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes.

2º Las leyes a que se refieren los numerales 2º y 3º, 4º y 5º del artículo 76, que no podrán ser dictadas o reformadas sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas Comisiones permanentes de una u otra Cámara, o presentados por los Ministerios del Despacho".

Y agrega que el artículo 81 señala los requisitos generales que se exigen para que un proyecto sea ley de la República, como también para modificar, derogar o reformar las mencionadas en los numerales 2 a 5º del artículo 76, o sea, mayoría absoluta de los miembros que formen la comisión permanente y, asimismo, mayoría absoluta de los miembros que componen cada Cámara.

De donde deduce que sí se hizo diferencia y se adoptó el criterio de categoría en la expedición de las leyes.

b) Que el constituyente quiso que el legislador, para ejercitar correctamente las atribuciones de los ordinales 19 y 20 del artículo 76 debía acomodar sus actividades parlamentarias al numeral 4º, **ibídem,** al que están indiscutiblemente subordinados los otros dos que han sido citados.

Luego — sostiene — la facultad de decretar obras públicas queda en suspenso mientras no se cumpla la condición de los planes previos.

y c). Que es equivocada la creencia — que viene expuesta por el senador que consideró infundadas las objeciones — de que las atribuciones del legislador son ilimitadas y soberanas. Porque es el constituyente el que posee el poder supremo y el que determina las atribuciones de "los órganos del poder".

Finaliza diciendo que si evidentemente la condición de que se ha hablado restringe la facultad de legislar esta limitación ha sido impuesta por quien tenía autoridad suficiente para ordenarla.

Considera la Sala Plena

Desde luego, la cuestión sometida a la decisión de la Corte, como es obvio, se reduce al punto concreto en que reside la disparidad de criterio entre las dos ramas del poder público que ha dado lugar al conflicto institucional, consistente en la interpretación y alcance diversos que el Gobierno y el Congreso asignan a una disposición de las contenidas en la última enmienda constitucional que al comenzar su vigencia suscita controversias porque rectifica, más que antiguas fórmulas jurídicas, prácticas administrativas de larga vida. La Corte expresa su coincidencia con una de las tesis constitucionales contrapuestas teniendo en cuenta las ideas que inspiraron la reforma, largamente sometidas por el gobierno a la consideración pública, y los términos mismos en que cristalizó, lejos de toda consideración circunstancial que le pudiera restar claridad a su concepto doctrinario sobre el entendimiento que ha de darse al precepto de la carta.

El artículo 76 de la Constitución Nacional, que enumera las atribuciones del Congreso, estableció en su numeral 4º el deber de fijar los planes y programas a que debe someterse la economía nacional y los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o contiuarse.

No puede entenderse, si se consideran los demás numerales de ese artículo, conexos con éste, que en él se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que en el numeral 19 le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera con arreglo a los planes y programas que fijan las leyes respectivas.

Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales. Se escalona de esta manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos truncos o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras

sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad o siquiera su terminación.

No hay duda que el pensamiento que inspiró la reforma que sometió el ejercicio de la facultad de disponer de los fondos públicos a planes y programas legislativos generales y previos y nó, como antes ocurría, a planes o iniciativas particulares de cada obra, fue como lo dice el señor Presidente de la República, "orientar las diversas iniciativas de progreso en el sentido de que todas ellas obedezcan a un plan metódico y armónico que consultando las necesidades públicas evite la anarquía y el desorden". En esta innovación institucional tuvo cabal realización el viejo anhelo nacional de ver impedido el desorden y el derroche de los fondos públicos por mala distribución de los recursos fiscales o por equivocada ejecución de las obras a que se destinaban, como se dijo en la exposición presidencial sobre la reforma de la Constitución, que culminó en el año que corre.

Se ha dicho, para inutilizar la reforma y combatir la interpretación que se ha venido haciendo, que el numeral 4º precitado carece de la significación y fuerza que se le atribuye porque su presencia en la Carta obedece al sistema propuesto por el Gobierno en el proyecto original y no adoptado por el Congreso, de las leyes normativas u orgánicas y de las comunes, entendiendo por aquellas las que son como a manera de una prolongación de la Constitución misma. Es cierto que no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, pero de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comúnes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y provee a a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, incuestionable es que están sometidas ineludiblemente a un orden de precedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas.

No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19 de allí.

Quiso el Congreso, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado también en planes y programas.

Dice este numeral que el Congreso tiene la atribución de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con arreglo a los planes y programas correspondientes". Es preciso entender, para no adulterar el pensamiento que triunfó en la reforma constitucional, que la correspondencia a que alude el numeral en cita no puede ser respecto de los planes o programas particulares de la empresa que se quiere fomentar con dineros públicos, apreciados al azar de los debates y con ocasión de las iniciativas individuales, como venía ocurriendo, sino a un plan general y previo ideado y adoptado por el Congreso mismo, como el que está en curso parlamentario, en que se determinan las condiciones y requisitos que justifiquen la destinación de fondos del erario para el fomento de las empresas calificadas por la Constitución y que deben servir asímismo para fundar desde el punto de vista de la utilidad y beneficio, su dignidad para el estímulo y para el apoyo con dineros públicos. Solamente así puede dársele significación y operancia a la frase complementaria y condicional con que la reforma adicionó el texto correspondiente de la Constitución de 1886. Otro entendimiento resulta inaceptable a la luz del principio general de hermenéutica que descalifica la interpretación que conduce a la inutilidad de las normas. Armonizando los textos aludidos dentro del principio que rigió la innovación institucional, cuya trascendencia e importancia apenas se ha revelado ahora, hay base para pensar que la previsión del constituyente fue hasta cubrir el peligro de que por la vía indirecta de los auxilios se burlara el objetivo esencial de orden y eficacia que quería consagrar en la ley de las leyes. "Sería imposible que se realizara tan excelente propósito — dice el señor Presidente, autorizado intérprete de la reforma que él propugnó, — si se dejara, por otro lado, abierta la vena fiscal, sin ninguna limitación, con la irrestricta facultad de votar auxilios para fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo".

Apenas hay para que contradecir el concepto inaceptable de que la interpretación constitucional que adopta la Corte en coincidencia con la del Ejecutivo, limita o mengua la soberanía que corresponde al Congreso Nacional en su función esencial de legislar, porque de acuerdo con ella, el Congreso sigue

teniendo soberanamente sus facultades de decretar obras públicas y fomentar empresas, dentro de las condiciones que impone la Constitución de la República.

Para terminar, y como única referencia circunstancial a los efectos que se determinan por la doctrina constitucional que se establece en esta decisión, la Corte hace suyas las siguientes justicieras palabras que el Jefe del Estado escribió en su mensaje de objeciones: "El aeródromo de Pereira es una obra de grande aliento y al emprenderla el municipio ha reafirmado su inquebrantable fisonomía de ciudad ejemplar en cuanto se refiere al progreso de sus distintas manifestaciones. Ese Municipio es uno de los mejores organizados de la República y el espíritu emprendedor de sus habitantes domina todas las dificultades y no recorta sus horizontes a los propios linderos de su territorio sino que los confunde con los de la patria misma en su anhelo de servirla".

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, declara inexequible el Proyecto de Ley "por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de "Matecaña".

Publíquese, notifíquese, dése cuenta al señor Presidente de la República y al Congreso Nacional y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Germán Alvarado.—Francisco Bruno. — Hernán Salamanca. — Con salvamento de voto, **Pedro Castillo Pineda. — Víctor Cock. — Agustín Gómez Prada.** — Con salvamento de voto, **Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Hinestrosa Daza.** — Con salvamento de voto, **Ricardo Jordán Jiménez.** — Con salvamento de voto, **Ramón Miranda.** — Con salvamento de voto, **José Antonio Montalvo.** — Con salvamento de voto, **Domingo Sarasty.** — Con salvamento de voto, **Eleuterio Serna R.— Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón,** Srio. ppd."

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HONORABLES MAGISTRADOS ELEUTERIO SERNA, PEDRO CASTILLO PINEDA y RAMON MIRANDA.

En el debate a que dio origen el veto del señor Presidente de la República al proyecto de ley sobre auxilio al Municipio de Pereira para la construcción de un aeródromo, con máxima y desvelada atención, oímos todas las exposiciones que en pro y en contra se hicieron a propósito de este tema en la Sala Plena de la Corte. No obstante reconocer la alteza de miras, el anhelo de acertar en justicia y la argumentación serena y diserta de los Magistrados que dieron su voto afirmativo a la decisión, con pena no compartimos la integridad de sus ideas, y nos ocupamos en presentar en seguida las que sustentan una solución contraria a la adoptada.

Los reparos del Ejecutivo al proyecto parten de la base de que toda ley de fomento a empresas útiles y benéficas, debe estar precedida de otra, en que se fijen los planes y programas, para que se cumpla la voluntad del Constituyente, la cual consiste, según propias palabras del mensaje de objeciones, "en orientar las diversas iniciativas de progreso en el sentido de que todas ellas obedezcan a un plan metódico y armónico".

No se plantea la discrepancia sobre si la ley objetada haya violado o no normas legales de planificación preexistentes, porque, si esa fuera la cuestión, habría necesidad de estudiar, como tesis preliminar, si hay o no casos en que una ley que en su expedición no cumpla las condiciones establecidas en otra, viola la Constitución de manera no directa sino indirecta, teniendo en cuenta que las disposiciones contentivas de requisitos les han dado la vida a textos constitucionales considerados más o menos inertes, mientras no los anima una ley, que venga a ser algo así como un límite condicionante. Ello ocurriría, por ejemplo, situando la discusión alrededor de artículos como el 166 del Código Fundamental.

Muy distinta es la controversia actual, pues lo que se arguye es que el proyecto sobre el aeródromo de que se trata, es inexequible, porque no hay leyes que previamente hayan fijado normas generales de planes y programas para el fomento de empresas de esta especie.

Para concretar los aspectos del conflicto entre el Ejecutivo y el Congreso, sobre lo cual la Corte Suprema de Justicia interviene con poder de decisión, importa transcribir los siguientes apartes del mensaje:

"El auxilio decretado tendrá que posponerse a la expedición de una ley sobre programas y planes de aeródromos en la República, en que se den los lineamientos generales de dichas obras, especificando las que correspondan a la Nación, las que puedan emprender otras entidades y los requisitos que deben llenar las que hayan de ser fomentadas o apoyadas con fondos del Estado.

"En esa forma interpreto el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, y considero que el Proyecto pugna con ese mandato imperativo".

Según la transcripción anterior, el reparo que se le hace al Proyecto es el de que se ha votado por el Congreso, sin que antes se hayan dictado normas de planificación, que se estiman necesarias, como medida antecedente, para que el legislador pueda hacer uso de determinadas facultades, así condicionadas por la misma Constitución. Es como si se dijera: sin normas previas de planes y programas, el Poder Legislativo no puede ejercitar constitucionalmente algunas atribuciones, y si las ejercita, vulnera la Constitución porque se extralimita en sus funciones, y porque su competencia en esas circunstancias, está sometida a dos etapas que deben desenvolverse con una prelación necesaria, sin la cual el acto legislativo nace viciado, no porque su contenido en sí mismo ataque la Suprema Ley, sino porque desde el origen contiene una irregularidad esencial. Ello querrá decir que es forzoso, en tal evento, abrirle proceso a la ley o al proyecto, **ab-initio,** ya que las fallas que se anotan, no constituyen meros actos reglamentarios ni preparatorios de su expedición, sino deficiencias transcendentales y básicas.

Para el Ejecutivo el numeral 20 del artículo 76 está basado en los mismos principios en que se inspira el 19, en el cual se prescribe lo siguiente como una atribución del Congreso: "Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, **con arreglo a los planes y programas que fijan las leyes respectivas".**

Con un criterio rígidamente civilista podría argumentarse que la fórmula contenida en el prenombrano numeral 19 es terminante, puesto que condiciona el derecho al anterior cumplimiento del deber.

Empero esa exégesis, que busca en la letra un espíritu que equilibre los derechos de partes contrapuestas no es la más apropiada para desentrañar las finalidades que persiguen los textos del Código Fundamental. El criterio interpretativo de los problemas constitucionales, que pertenece, al Derecho Público, es más amplio, supuesto que los litigios de esta naturaleza tienen, ante todo, un carácter eminentemente político, no en el sentido vulgar del vocablo, sino en consideración a que ellos se refieren a la ordenación del Estado, a sus finalidades, a sus deberes y a las garantías del ciudadano, que son los contrapesos del Poder Público.

La Constitución expedida en el año que termina varió fundamentalmente el sistema y los procedimientos anteriorres al alcance del legislador ordinario para el ejercicio de las funciones que, de acuerdo con la organización política del país, le son propias en orden a la realización de los altos fines del Estado. Evidente es que la reforma se inspiró en el propósito de buscar un mayor rendimiento en la tarea parlamentaria, al mismo tiempo que el máximo aprovechamiento de los recursos fiscales por medio de la organización racional de los servicios públicos y el desarrollo técnico de las empresas oficiales. De ahí que hubiera señalado como atribución del Congreso la de dictar las leyes que contengan los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse (artículo 76, ordinal 4º)

Esta regulación, que carece de antecedentes en las Cartas anteriores, fija por sí sola el pensamiento del constituyente respecto del nuevo régimen a que quedó sujeta la voluntad legislativa en cuanto a la expedición de los actos necesarios para el fomento económico nacional o el adelantamiento de las obras públicas de propiedad del Estado. De acuerdo con este precepto, siguen siendo del dominio del Congreso tales materias, pero la iniciativa de su intervención quedó condicionada a la preexistencia de planes y programas que el mismo Congreso debe dictar, para sujetar a ellos su actividad posterior. Por eso establece con toda claridad el ordinal 19 del mismo artículo que al legislador corresponde "decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas".

Otras disposiciones del Estatuto fundamental vigente rigen el procedimiento adecuado para asegurar cierta permanencia y estabilidad a las leyes contentivas de los planes y programas de que se habla, garantizando así su desarrollo ordenado dentro de las condiciones y los plazos razonablemente previstos. En efecto la sustitución por otras disposiciones y aun su simple modificación sólo puede hacerse mediante una serie de formalidades no siempre fáciles de llenar: que el proyecto respectivo sea presentado a iniciativa de la respectiva Comisión Permanente, o por el Gobierno, o bien adoptado por aquella; que se vote por la mayoría absoluta de los miembros que componen una y otra Cámara; y que, si el Gobierno objeta el proyecto no pueden declararse infundadas las objeciones sino mediante el voto concordante de las dos terceras partes de los Representantes o Senadores o de los miembros de la respectiva Comisión Permanente, según los casos (artículos 80 y 81).

Si la atribución o facultad del Congreso está supeditada en su ejercicio a la existencia de planes y programas, en ausencia de éstos, podría detenerse la máquina del Estado en la vía de ejecución de obras vitales para el progreso del país, que es precisamente lo que ocurre en el negocio sometido a la consideración de la Corte. Y llevando la tesis hasta su extremo lógico, muchas obras decretadas antes y aun iniciadas deberían suspenderse, si no existe una planificación, ya que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, cuando ésta no pueda armonizar con las normas que aquélla consagra.

Estas serían las conclusiones a que llevaría una intervención literal de los textos. Pero el tránsito de un estatuto fundamental a otro exige necesariamente la fijación de un criterio racional que, sin desconocer el alcance de los principios, facilite el desarrollo de las tareas administrativas que al Estado competen. De ahí que con toda autoridad y con la más certera visión de las necesidades nacionales, hubiera podido expresar el señor Presidente de la República en su mensaje de objeciones lo que aquí se copia:

"Evidentemente en este período de transición de la Carta anterior a la reforma de 1945, y mientras se dictan las leyes con los planes y programas correspondientes que han de ser elaborados con un criterio técnico, el Congreso y el Gobierno deberán limitarse a continuar todas aquellas obras que se están ejecutando y que fueron decretadas por leyes anteriores a la reforma. Asímismo se podría incluír en los presupuestos auxilios para obras no nacionales de los que fueron decretados por leyes sustantivas anteriores a la reforma constitucional".

Quizá — apenas lanzamos con timidez nuestra opinión — los conceptos de la mayoría de la Corte a este respecto requerían una fundamentación de férrea estructura para que no dejaran campo a la menor duda, ya que el asunto es de una trascendencia in-

ocultable. Con todo, aunque ello no es preciso para sustentar nuestro salvamento, nosotros estimamos que ese nexo tan absoluto entre la existencia de una planificación y el ejercicio de una facultad, no es una verdad axiomática, sino una teoría que no parece estar en íntima consonancia con los antecedentes de la enmienda institucional de 1945, como vamos a exponerlo:

Conforme al artículo 69 del Proyecto de esa reforma, se establecían dos clases de leyes; orgánicas o normativas, y comunes.

En una explicación, desde los micrófonos de la Radiodifusora Nacional, el 3 de junio de 1944, decía el doctor Alberto Lleras Camargo, entonces Ministro de Gobierno, lo siguiente:

"Pero son todas las leyes iguales, de una misma categoría? No. La Constitución distingue entre ellas. Para algunas, excepcionalmente establece requisitos especiales. Unas son para que las cumplan todos los ciudadanos, pero hay otras que no afectan sino a un cuerpo determinado de personas. El Congreso, por ejemplo, da leyes para que las cumplan los legisladores, y sólo ellos. Fija normas para expedir ciertas leyes. Se traza asímismo derroteros, límites, pautas. Tienen estas leyes, notoriamente, una categoría superior. Pero no están defendidas ni garantizadas. Si el mismo Congreso que se ha trazado esos derroteros, esos límites, los atropella, no pasa nada. Hay otras leyes que son como una prolongación de la Constitución, que organizan la República, que dan normas estables, que no debieran cambiarse caprichosamente, como no se cambia la Constitución.

"Hay pues, evidentemente leyes orgánicas o normativas, y leyes comunes. Pero en la Constitución sólo hay leyes de una sola clase. Y el legislador puede ir deshaciendo su propio trabajo, sin ninguna valla. El legislador, por ejemplo, dice cómo se ha de elaborar el Presupuesto. Pero si en el momento de elaborarlo encuentra un tropiezo, agrega un artículo al propio presupuesto, modificando la ley normativa. El legislador dice sabiamente que ha de haber una prelación determinada de pautas o un plan de inversiones. Pero surge un gasto ocasional que no cabe dentro del programa, y al dictar la ley, deroga la sabia norma ordenadora.

"El Gobierno propondrá la distinción entre unas leyes y otras. El Congreso, por medio de leyes orgánicas, ejercerá ciertas atribuciones; como interpretar , reformar y derogar leyes orgánicas preexistentes; como modificar la división general del territorio; como regular el servicio público, la carrera administrativa, la judicial, la militar; como dictar las normas para elaborar el presupuesto; como expedir los códigos en las ramas Civil, Penal, Militar, Fiscal, Administrativa, Electoral y de Policía, o reformar sus disposiciones; como fijar los planes a que debe someterse el fomento de la economía nacional y los grandes planes y programas de las obras públicas....."

Y como garantía de estabilidad para esas normas, en la enmienda se próponían los siguientes artículos, que no fueron acogidos por las Cámaras:

83. — "Exceptúase de lo dispuesto en el artículo 81 el caso en que el proyecto fuere objetado por **inconstitucional o por contrario a la ley orgánica, si se tratare de un proyecto de ley común.**. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema de Justicia para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto.

147. — "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, en su fondo o en su forma, **y sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas, como violatorias de la ley normativa u orgánica,** en su fondo o en su forma; o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

"También decidirá la Corte si una reforma constitucional es exequible cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas en el artículo 209".

El Congreso negó la división de leyes en dos categorías, porque esta innovación ante la ciencia del Derecho Público y sobre todo en presencia de las tradiciones jurídicas de nuestra patria era algo insólito y tal vez inconveniente; y como corolario obligado negó también que la pugna entre las leyes orgánicas y las comunes generase una controversia de inconstitucionalidad.

Eran éstas las defensas que para los planes y programas buscaba la reforma, pero allí no se encuentra asidero para sostener que si la planificación y programación no se estatuyen legalmente, la atribución del Congreso quedaba inexorablemente enervada. Era aquella la intención del constituyente, pero no otra.

Quizá en su mente flotaba el recuerdo de una jurisprudencia de la Corte, muy discutida y combatida, sentada en el año de 1926 cuando el Presidente

de la República objetó un proyecto de ley en que se habían creado Tribunales, plazas de Magistrados y Juzgados, pretermitiéndodose en algunas de estas creaciones la regulación prescrita en la Ley 73 de 1917

Entonces dijo la Corte, en sentencia de 9 de abril de 1927, que tuvo también votos disidentes: "Ahora, la Corte tiene sentada la doctrina de que cuando un precepto constitucional no puede cumplirse por sí mismo sin la existencia de una ley que determine los casos y la manera de llevarlos a cabo, las violaciones de la ley son violaciones de la misma Constitución en las disposiciones en que tal precepto está consignado". Y más tarde, refutando un concepto de un jurista muy connotado, a propósito de estudiar la constitucionalidad de la Ley 4ª de 1927, se produjo así: "..... unas son leyes en que el legislador se contrae a ejercer sus atribuciones ordinarias con apoyo en la Constitución, y otras las que tienen por objeto ejecutar un pricipio constitucional que por sí mismo no puede cumplirse, como las que se dictan de acuerdo con los artículos 62 y 167 de la Constitución Nacional y el 153 de que se trata" (Estatuto de 1886). "Tanto lás unas como las otras pueden ser derogadas o reformadas por el legislador, pero mientras subsisten las segundas el Congreso tiene que someterse a ellas".

En presencia de la negativa de los artículos preinsertos del proyecto de reforma constitucional, ¿cuál será hoy el valor de la jurisprudencia mencionada? No es el momento oportuno para entrar en la consideración de este problema, ni ello se requiere para sustentar nuestro voto discrepante, porque no se trata aquí de determinar la valoración jurídica de una ley especial enfrentada a una ley de planificación, y porque las objeciones del mensaje van dirigidas a otra meta muy distinta.

El artículo 76 de la Constitución enumera algunas atribuciones explícitas del Congreso, es decir que determina parcialmente la órbita de su competencia. Pero no puede deducirse de esto que mientras aquella entidad no actualice por medio de leyes las atribuciones del ordinal 4º de dicho artículo, la función legislativa en orden al fomento de la economía nacional y del desarrollo de las obras públicas le está inhibida en su ejercicio.

Nos parecen muy dignas de meditación estas ideas de la Comisión del Senado que estudió el pliego de objeciones:

"Por esto la Comisión tercera afirma que el Congreso tiene la potestad de decretar los planes y programas de las obras públicas, de que hará uso cuando lo estime necesario o conveniente; que al dictar tales leyes queda obligado a cumplirlas, pero que mientras no las dicte no puede estar sometido a una reglamentación potencial, ya que lo que se halla en potencia no podrá jamás cohibir el ejercicio de las funciones fundamentales de un ser en actividad".

La decisión de la mayoría de la Corte cree — por el contrario — que la planificación es un acto de obligada procedencia en orden a la expedición de leyes sobre obras públicas y también sobre las de fomento de empresas útiles o benéficas. Y esta concepción doctrinaria la deduce del texto del artículo 76 (ordinales 4º, 19 y 20), como si el contenido material de estas disposiciones fuera uno mismo, al extremo de que lo que se dijera de la una debiera forzosamente predicarse de las demás.

Empero, una simple lectura de las disposiciones citadas, obliga al intérprete a distinguir preceptos contenidos en los textos que se invocan para sustentar la tacha de inconstitucionalidad del proyecto.

En efecto — pensamos nosotros — que el artículo 76 no contiene una enumeración taxativa de facultades, puesto que hay muchas materias no comprendidas allí explícitamente, y sin embargo sobre ellas puede legislarse. En el antecitado ordinal 4º sí hay una enumeración limitada, ya que las leyes que se dicten sobre los objetivos en él expresados, tienen especiales particularidades para su expedición, modificación, reforma o derogatoria, como nítidamente aparece en los artículos 80 y 81 de la Ley Suprema.

En cambio, otras leyes no necesitan tales requisitos.

Así las cosas, es palmario, en nuestro sentir, que no puede apreciarse dicho numeral sino restrictivamente, como una norma especial, sin que le sea dado al hermeuta ensayar interpretaciones de extensión más o menos analógica, pues por tal camino se podría llegar a una mutación aditiva en los textos de la Constitución.

Conceptuamos que fue ese el propósito de la reforma institucional, según se relieva en el proyecto como va a verse:

"Artículo 69. Corresponde al Congreso hacer las leyes.....

"Por medio de leyes orgánicas, el Congreso ejerce las siguientes atribuciones: 1º..... 7º Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional y los planes y programas de las obras públicas que deben emprenderse o continuarse". "..... por medio de leyes comunes el Congreso ejerce las siguientes atribuciones: 1º..... 14º Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Como fácilmente se observa, la ley orgánica debía comprender los planes y programas del fomento de la economía nacional y de las obras públicas, y debían ser leyes comunes las referentes a la protección de las empresas, dignas de estímulo y apoyo.

Desde luego, es indudable que las obras públicas a que se contrae el precepto que estamos examinando, son las que tienen carácter nacional, es decir, las realizadas con fondos del Estado porque son las únicas susceptibles de ser decretadas o sea ordenadas construír por el Congreso—; las otras clases de obras públicas que pueden concebirse dentro de la administración — las de iniciativa departamental o municipal — no pueden ser decretadas sino por los organismos que tienen la representación constitucional y legal de las respectivas entidades, es decir, por las Asambleas y los Concejos Municipales. Son estas corporaciones las que planifican la inversión de sus haberes y la disposición consiguiente de sus recursos, ya que en tal sentido es obvio que de acuerdo con la Constitución misma, departamentos y municipios dirigen con independencia los asuntos seccionales. Puede ocurrir, sin embargo, que la Nación llegue a auxiliar obras públicas de carácter departamental o municipal y en este caso puede el legislador imponer determinadas condiciones en virtud de su facultad general de legislar y como garantía de que el auxilio decretado va a emplearse conveniente y razonablemente.

La Constitución de 1886, lo mismo que la de 1936, decía:

"Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse....." La de 1945 agregó este complemento circunstancial: "Con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas".

Obra pública — repetimos — se ha considerado en aquella norma la que es nacional, como lo pregona el siguiente comentario del doctor José María Samper a la Constitución de 1886:

"Las obras públicas son trabajos que, por una parte, causan a la Nación gastos más o menos considerables, y por otra, constituyen propiedades nacionales, y aun pueden ser, en muchos casos, elementos de rentas".

Y la Comisión que estudió la última reforma, que fue el Acto Legislativo número 1º de 1945, escribió estas palabras decisivas, al tratar de las leyes que merecen una consideración especial:

"Son precisamente las enunciadas en los incisos 2º a 5º del artículo 69, que se refieren a la expedición de Códigos, a la formación del Presupuesto Nacional, al régimen de creación y supresión de las entidades municipales y a la fijación de planes y programas para el fomento de la economía nacional y de las obras públicas **nacionales**". (El subrayado es nuéstro).

El fomento de empresas útiles o benéficas está regido por una disposición distinta de la correspondiente a las obras públicas nacionales. No se concibe que el constituyente hubiera dictado dos disposiciones diferentes como en efecto las dictó para establecer un ordenamiento sobre las mismas materias. Este punto lo explica muy claramente el comentarista doctor Samper, opinión a la cual han adherido otros exégetas de nuestro estatuto fundamental entre ellos el doctor Tulio Enrique Tascón, expresando que el fomento de empresas se refiere a aquellas que se organizan por entidades o personas diversas del Estado. Una empresa en el sentido amplio en que la instituyó el legislador supremo puede referirse no sólo a la economía nacional sino a actividades de un orden distinto como son las simplemente culturales.

Ahora bien, el inciso 4º que se ha examinado ya, atribuye al legislador la facultad de dictar los planes y programas referentes al fomento de la economía nacional. Es decir, que de acuerdo con el texto cuanto concierna a las actividades económicas emprendidas por el Estado mismo, con fondos del erario nacional, debe sujetarse a una planificación predeterminada. Es lo que en el lenguaje técnico se denomina el fomento por la vía directa. No sobra aducir un ejemplo cualquiera: si el Estado considera que conviene a la economía nacional el fomento de la industria de hierro, puede el Congreso dictar una ley para organizar una empresa apropiada a estos fines y disponer de los recursos necesarios para llevarla a cabo, pero ajustando esta actividad a una programación o planificación. Pero cosa distinta es el fomento por vía indirecta, porque entonces el Estado no tiene la iniciativa ni el carácter de empresario, ni la empresa puede reputarse como de su propiedad. En este último caso el fomento de la empresa útil o benéfica la puede hacer el legislador mediante concesión de auxilios pecuniarios, o en otra forma que lleve al mismo resultado de estimularla, como, por ejemplo, por medio de la excepción de ciertos impuestos, concesión de primas, rebajas en los transportes nacionales, etc. Es lo que ocurre generalmente tratándose de empresas benéficas iniciadas por los departamentos o los municipios o por los particulares, en las cuales la acción del Estado se concreta a asegurar su funcionamiento — es decir, a fomentarlas — por medio de auxilios pecuniarios o en cualquiera de las formas arriba expresadas.

Resulta de todo lo dicho que una cosa es el fomento de la economía nacional, y otra muy distinta el estímulo a una empresa en atención a su carácter

benéfico o útil. ¿Qué fomento a la economía nacional implica, por ejemplo, proteger una piscina municipal, auxiliar la construcción de un templo, o subvencionar la publicación de un libro sobre filosofía o literatura? Tales empresas, indudablemente, pueden ser útiles o benéficas, y esa es la nota bastante para que puedan ser fomentadas.

Por otra parte, anotamos que el fomento a una industria no aparece tampoco en la Constitución condicionado al planeamiento y programación previos, como se dice que ocurre en relación con las obras públicas nacionales.

Lo que hasta aquí se ha expuesto no significa que el legislador no pueda dictar planes y programas de fomento a las empresas útiles o benéficas, a la manera como lo ha ideado el Congreso en proyectos que fueron presentados por distinguidos parlamentarios. Es claro que sí lo puede, pero si no lo hace, esa circunstancia no limita la facultad del legislador para dictar disposiciones que auxilien empresas dignas de estímulo o apoyo.

El numeral 20 no menciona, como sí se patentiza en el anterior, programas y planes confeccionados por la ley, sino simplemente al referirse a éstos emplea el adjetivo "correspondientes".

Sobre esa base, el intérprete no puede avanzar hasta la afirmación de que allí se habla de una sujeción a planes y programas que fije la ley. Tal adición es fundamental y daría campo al planteamiento de problemas semejantes a los que suscita el numeral 19. Luego ese silencio del constituyente no puede suplirse, porque podría quedar desvirtuado su pensamiento.

Si se hubiera querido que el fomento de las empresas útiles o benéficas se sometiera a un programa y planeamiento en la misma forma como lo dispuso para las obras públicas nacionales, lo habría dicho expresamente en el numeral 4º o por lo menos habría agregado en el numeral 20 que ese fomento estaría sometido a planes y programas que la ley fijara. ¿Cuál Ley? Cualquiera, bien la especial que rige el caso del numeral 19, o al menos una ley sin particularismos. Así se habría podido plantear, desde base cierta, la discusión sobre si era o no indispensable una ley cualquiera de planificación anteladamente, para poder votar un acto legislativo de fomento.

Todo esto nos ha decidido a dictaminar que la sujeción a los programas correspondientes no es la sujeción a leyes semejantes a las del numeral 19, ni siquiera otras no dotadas de tramitación especial.

Nuestra actitud mental ante esta cuestión es la siguiente: Programas y planes correspondientes son los de las empresas respectivas, lo cual es razonable, porque las iniciativas diversas de las estatales, son múltiples, difíciles de concretar en planes legislativos y mucho menos previamente. Quien idea la empresa, hace los planes y programas de las inversiones que necesita y de las condiciones para su ejecución. Esto es la que el constituyente quiere que el legislador tenga en cuenta para que estudie con conocimiento de causa si la empresa es digna de estímulo o apoyo, en qué extensión, y con qué modalidades. Evidentemente, la exigencia del constituyente tiende a rodear el auxilio de elementos que faciliten una apreciación justa y conveniente, teniendo en consideración la seriedad y utilidad de la empresa que va a protegerse.

Tal interpretación no implica que la reforma venga a quedar así sin efectos prácticos. Lo que querría decir sería que el constituyente no anheló someter el régimen de fomento a una especie de parrilla de San Lorenzo, sino apenas a medidas de precaución, para que éste no fuese un desacierto y un inútil derroche.

Contra la política de auxilios se había inventado, es verdad, unánime inconformidad, pero no porque esa ayuda fiscal fuera injusta en principio, sino porque daba lugar a intrigas de baja calaña y porque muchas veces se prodigaba sin control de ninguna especie.

Pero ya se ha visto que el fomento a empresas socialmente útiles tiene otros medios de expresarse, distinto del conocido sistema de auxilios en dinero, de suerte que tampoco por este aspecto se justifica una interpretación restrictiva que deje aquellas empresas al margen de toda proyección por parte del Estado.

El señor Presidente de la República contempló el numeral 20, a la misma luz conceptual del 19, y como los dos ordinales están inspirados por un distinto espíritu y obedecen a principios diferentes, como creemos haberlo demostrado, en nuestro sentir, las objeciones son para ello infundadas.

En suma, somos de opinión que el proyecto objetado no es inexequible, y si alguna duda perturbara nuestro criterio, la resolveríamos en favor de la tesis de la constitucionalidad, porque el control jurisdiccional en esta clase de asuntos debe ser muy cauteloso para no invadir, sin razones muy justificadas, el radio de acción de los legisladores.

Bogotá, diciembre 17 de 1945.

(Fdos.) Eleuterio Serna. — Pedro Castillo Pineda. Ramón Miranda. — Pedro León Rincón, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JORGE E. GUTIERREZ ANZOLA

En el deber ineludible de expresar mis puntos de vista que infortunadamente difieren de los que están contenidos en la sentencia adoptada por la mayoría de la Corte, que define la controversia entre el Ejecutivo y el Congreso sobre la inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de "Matecaña", creo necesario puntualizar, con todo respeto, los motivos que me inhiben para suscribir afirmativamente las opiniones de mis distinguidos colegas.

Primera consideración

Estriba el error primordial de la tesis sostenida por el Jefe del Gobierno en su pliego de objeciones pasado al Congreso sobre esta materia, en la opinión inicial de que los numerales 19 y 20 del artículo 76 de la Carta están forzosamente subordinadas al numeral 4º de la misma norma.

Evidentemente, sí se advierte relación de dependencia del numeral 1º con respecto al numeral 4º pero esta sujección no se hace necesaria, no surte sus efectos, sino de manera condicional, esto es, cuando el legislador haya hecho uso por medio de la ley de la atribución del numeral 4º, norma ésta que está concebida de una manera potencial. En tal situación no puede tener vida la condición del numeral 19 si no se establece previamente la regla general del numeral 4º porque aquél dice que el legislador tiene la atribución de decretar obras públicas con la condición de que se **arreglen a los planes y programas que fijen las leyes respectivas.** Ahora bien: esta condición sólo puede cumplirse una vez fijados esos planes y programas, según se expresa en el numeral 4º Por consiguiente, esta atribución determina un metodo general, un orden al cual debe sujetarse la condición expresada en el numeral 19 ya transcrita: "con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas". Y cómo podría obrar la condición última si no se ha constituído la primera? Cómo puede condicionarse un hecho a otro hecho, si éste no existe?

Habida consideración a que el numeral 4º es una atribución tan facultativa y voluntaria como cualquiera otra da las enumeradas en el artículo 76, no se ve cómo puede condicionar a las demás mientras aquella no haya nacido o se haya concretado o desarrollado por medio de la voluntad del legislador, esto es, por la Ley. Todas las atribuciones del artículo 76 son fuentes enumerativas, que establece la Constitución, por las cuales dimana o fluye el querer del legislador cuando crea los actos de voluntad denominados Leyes. Mientras no se haga uso de la atribución por medio de la Ley, aquella no pasará de ser una mera facultad latente, en potencia, pero no un acto de voluntad del legislador. La causa no puede confundirse con el efecto. Las atribuciones no son leyes, son mandatos constitucionales expedidos por el Constituyente en forma especial; tan sólo son moldes y fuentes de leyes que habrán de infundirles vida a esas facultades establecidas en la Carta. De tal manera que mientras no se exprese formal y externamente el querer del Congreso, no puede decirse que se haya hecho uso de la "atribución" correspondiente, ni, por tanto, puede asegurarse que ésta condicione otras facultades de las conferidas al legislador por el constituyente.

Resumiendo la idea expuesta se tiene lo siguiente: En tanto que el legislador no haga uso, por medio de una ley, de la atribución concedida en la Constitución en el numeral 4º del artículo 76, no puede tener vida la condición del numeral 19 que a él se refiere, y, por tanto, subsiste la potestad legislativa de decretar obras públicas, sin arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas — porque éstas no existen.

En este orden de ideas, resulta que las dificultades que hasta el momento se presentan tienen su origen en el hecho negativo consistente en la abstención del Congreso de hacer uso de la atribución escrita en el numeral 4º Y este estado de cosas habrá de subsistir mientras tal texto deje de ser una norma en potencia y dé origen a las leyes sobre planes y programas. Tanto el Ejecutivo como el Congreso deben — cuando lo crean conveniente y necesario — cumplir el espíritu y finalidades que impregnan la Reforma Constitucional sobre esta materia, y, por tanto, deben ejecutar todas las tareas conducentes a realizar el objetivo de programación y planificación sobre fomento de la economía nacional y ordenación de las obras públicas, para luégo exigir que esas actividades se inicien o continúen sujetándose a lo dispuesto en esos planes y programas, esto es, al espíritu del texto constitucional del numeral 4º

Segunda consideración

Si las opiniones anteriormente expuestas se aplican a la interpretación de los numerales 4º y 19 del artículo 76, ¿cuál es entonces la finalidad y sentido del numeral 20?

Esta norma dice: 'Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Hay dos hechos que mueven el ánimo a suponer que las condiciones preestablecidas por el numeral 4º no rigen con respecto al numeral 20 que se acaba de transcribir; y son las siguientes:

a) La circunstancia de que en el texto 20 no se emplea la palabra "decretar" como se hace en el ordinal 19, sino la de "fomentar", locuciones distintas, porque lo primero es ordenar la ejecución de las obras públicas nacionales por cuenta y con fondos del Tesoro Nacional; y lo segundo, es ayudar, apoyar, auxiliar empresas que pueden ser inclusive de carácter particular (orfanatorios, asilos, congresos, eventos deportivos, etc.), siendo esta ayuda muchas veces destinada a empresas antieconómicas o de carácter improductivo.

b) La circunstancia de que en el numeral 20 el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, no se hacen "con arreglo a los planes y programas **que fijen las leyes respectivas"**, sino "con estricta sujeción a los planes y programas **correspondientes"**.

Esta diferencia en los términos debe tener algún significado jurídico y lo tiene en realidad; porque exigir los planes y programas **correspondientes** no es remitir a una ley "respectiva" como sí sucede en el caso del numeral 19.

Las afirmaciones anteriores se fundamentan en el siguiente análisis:

Es bien entendido que el querer del reformador fue incluír toda clase de obras y auxilios en un conjunto armónico que evite la anarquía de la administración y la dispersión de los fondos públicos. Y este propósito se logró evidentemente en los numerales 4º y 19 del artículo tantas veces mencionado dentro de los cuales el espíritu del constituyente se demuestra en forma clara con las siguientes palabras: "Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas".

No puede, con el ánimo de hacer una exégesis extensiva, separarse el intérprete de la letra nítida y expresa del numeral 20, so pretexto de consultar su espíritu. Ya se ha dicho que el reformador quiso establecer la técnica innovación administrativa de someter toda iniciativa en economía y obras públicas a la reglamentación de un plan y un programa general con el objeto de llenar en las mejores condiciones las necesidades sociales. Pero también debe observarse que si el constituyente hubiera querido extender a su atribución de fomentar obras útiles o benéficas, la subordinación de planes y programas establecidos por las leyes, lo hubiera expresado con claridad. Pero intencionada e inadvertidamente el reformador se limitó a expresar que tal fomento se produciría con estricta sujeción a los planes y programas **correspondientes,** emitiendo la frase "que fijen las leyes respectivas".

De consiguiente, es el caso de definir si la locución anotada de "planes y programas correspondientes" es una frase inútil que no tiene asidero ni significado alguno, o si se refiere expresamente a una circunstancia querida por el constituyente.

Para el intérprete que va a juzgar con autoridad sobre estas dificultades, la diferencia entre las dos locuciones que antes se mencionaron — es necesario repetir — debe tener alguna significación jurídica. A mi modo de ver, cuando se habla de planes y programas correspondientes, ellos serán los de la respectiva empresa útil o benéfica, estudiados los cuales, o por el Congreso mismo o por la entidad que la ley señale, prosperará o nó el fomento que se persigue mediante una ley de auxilio.

Por tanto, en este punto el Gobierno carece de razón en sus objeciones. Los planes y programas **correspondientes** a que se refiere la disposición nombrada, no son los planes y programas generales de que habla el numeral 4º antes examinado, por cuanto de serlos, no habría empleado el constituyente las palabras "planes y programas correspondientes", sino las contenidas en el numeral 1º, que dice: "planes y programas que fijen las leyes respectivas".

Si se recuerda que uno de los orígenes del Parlamento fue precisamente la necesidad de propiciar la participación del pueblo, por medio de sus representantes, en la distribución de las cargas y de los gastos, anhelo propio de los regímenes democráticos, el Congreso siempre ha luchado por mantener en su favor la prerrogativa de asignar del Tesoro Público, en forma de redistribución, antitécnica pero en todo caso equitativa, parte de ese Tesoro con el objeto de fomentar empresas de carácter regional, públicas o privadas. La aspiración general de los colombianos en esta materia es la de racionalizar la inversión de los fondos públicos de modo que no se produzca su dispersión en forma inconsulta e innecesariamente pródiga. Y ese ideal, propugnado efectivamente por el Ejecutivo al proyectar la Reforma Constitucional de 1945 no puede tener cumplido efecto, como seguramente no podrá tenerlo en el futu-

ro, si el Congreso no se desprende de la iniciativa de hacer gastos en beneficio de las secciones y de las parroquias. Y es precisamente ésta la base para suponer que el Constituyente de 1945 por vía de transacción aceptó que no se pudieran decretar obras públicas nacionales sin la existencia previa de una ley sobre planes y programas de obras públicas; pero no aceptó, y ésta parece ser la realidad, opuesta al ideal inalcanzable, que en tratándose del fomento de empresas útiles o benéficas tuviera que subordinarse a una hipotética ley de programas y planes, conservando sobre esta materia la viciosa costumbre de seguir disponiendo, sin concierto alguno, de los fondos del Tesoro. Por eso se dijo antes que el ideal de tecnificar y racionalizar la distribución de esos auxilios, sucumbió ante el hecho, por ahora irremediable, de dejar las cosas más o menos en el estado en que se encontraban. Sin embargo, debe observarse que sobre este particular existe una cláusula de progreso evidente no contenida en la Constitución de 1886, conforme a la cual, el fomento de las dichas empresas no requería la exigencia de los "planes y programas correspondientes" siendo, en cambio, en la Constitución de 1945 una modalidad que bien empleada ha de servir para controlar y eliminar hasta lo posible el vicio inmoderado de auxiliar empresas, muchas veces innecesarias, con el exclusivo propósito de satisfacer incontenibles anhelos electorales.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.

Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos cuarenta y cinco.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RICARDO JORDAN JIMENEZ

Al suscrito Magistrado le correspondió, como Ponente, peresentar Proyecto de sentencia para resolver el problema suscitado entre el Excelentísimo señor Presidente de la República y el Congreso a propósito de las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por aquél y desechadas por éste, respecto del Proyecto de Ley "por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de Matecaña".

Ese proyecto de sentencia que el suscrito llevó a la Sala Plena a continuación de haber sido devuelto el expediente por el señor Procurador General, fue negado después de haber sido ampliamente discutido en dos sesiones seguidas de la Corte Plena.

En la conclusión a que el Ponente llegó y que no fue aceptada, se declaraba exequible en todas sus partes dicho Proyecto de Ley, por no ser contrario a la Constitución, de acuerdo con los reparos que le hizo el Jefe del Estado, ni estar en pugna con ella, ni ser opuesto a sus preceptos.

Adoptada, por mayoría, otra decisión, debe el que esto firma dar cuenta en el presente salvamento de voto de los motivos de orden jurídico que tuvo para apartarse de la sentencia que ha sido aprobada.

Desde luego, tratándose apenas de una explicación, bien se comprende que no habrá necesidad de extenderse demasiado; y bastará ceñirse al punto que fue materia del debate, que ya había sido expuesto con más detalles en el proyecto de sentencia que no tuvo la fortuna de ser acogido por la mayoría de la Corporación.

El tema objeto de la pugna entre dos ramas del Poder Público: la ejecutiva y la legislativa es, en términos generales, si la reforma constitucional propuesta por el Ejecutivo fue aprobada en su totalidad por el constituyente, en cuanto a iniciativa de gastos del Parlamento. O más precisamente: si estuvo en la voluntad del autor de la Constitución privar al Congreso de tales atribuciones o limitárselas, en la forma en que fue planeada inicialmente.

Para sostener la primera hipótesis se podría acudir al argumento de que en los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 78 de la Carta quedó expreso el pensamiento del proyecto de reforma constitucional, es decir, el pensamiento del Gobierno.

Esos numerales, que son exactamente los que el Jefe del Ejecutivo considera como violados con el Acto del Congreso que ha sido objetado, dicen, en su orden:

"Fijas, los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse". (Numeral 4º)

"Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas". (Numeral 19).

"Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". (Numeral 20).

Tesis del objetante

El Excelentísimo señor Presidente de la República dice que las condiciones señaladas en los numerales 19 y 20, vinculados estrechamente entre sí y dependientes a su vez del numeral 4º, algo está significando en esos textos; y que, por consiguiente, cada vez que haya de decretarse una obra pública, como de fomentarse una empresa digna de estímulo y apoyo, aquella obra y esta empresa deben ajustarse a un plan y a un programa previamente especificados en una ley (de planificación), para que no se dispersen las energías y no se derrochen los recursos del tesoro nacional en obras concebidas y ejecutadas sin concierto alguno.

Más o menos ésta es la síntesis de la idea del objetante, quien por ello considera que no habiéndose expedido la ley de planificación, es inconstitucional el proyecto de auxilio al Municipio de Pereira.

La afirmación del nexo íntimo entre los numerales citados es la tesis que rechaza el suscrito y que, con perdón de quien la sostiene, considera equivocada. Y va a decir por qué.

El numeral 19 del artículo 76, que figuraba también en la Constitución de 1886 — sin la adición a que se aludió — habla de **decretar obras públicas.** Y se pregunta: ¿qué clase de obras públicas decreta el Congreso? Sin discusión alguna esas obras no son otras que las de carácter nacional. Porque sería absurdo que el numeral 19 se refiriera a obras de

particulares o regionales, pues ellas no son decretadas por el Parlamento.

El numeral 20 contempla otro caso: el de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo.

Empresa es un conjunto de obras materiales y de operaciones administrativas, que puede ser de iniciativa particular o privada. Y entonces, la condición de sujetarse esas empresas — que también admiten el llamarse obras, porque la palabra **empresa**, en su sentido lato y de acuerdo con el Diccionario de la Academia, es "obra o designio llevado a efecto, en especial cuando en él intervienen varias personas" — a los "planes y programas correspondientes", no debe entenderse, no puede entenderse lógicamente con relación a otros planes y programas que los elaborados por la empresa o por el técnico que ella haya buscado para dirigir la obra. De otro modo resultaría impracticable el auxiliar o proteger, que es a lo que equivale la acción de fomentar, toda esa serie de empresas que en cada rincón del país surge de la actividad de los buenos ciudadanos, que miran no sólo por el bienestar y desenvolvimiento de su región, sino que están igualmente atentos a la marcha y progreso del país, a cuya prosperidad contribuyen con esos patrióticos esfuerzos.

Habría que imaginar cuán imposible sería fijar en una ley de las llamadas de planificación todo el cúmulo de requisitos que habría que establecer para las múltiples empresas benéficas y de manifiesta utilidad que pudieran intentarse y que requirieran el apoyo económico de la Nación. O habría que crear una ley de planificación para cada empresa antes de que ésta se fundara. El solo enunciado de estas hipótesis sume la mente en una gran perplejidad.

Luego esa relación entre los numerales 19 y 20 del artículo 76 que se comenta no existe en realidad. Como tampoco depende éste (el 20) del numeral 4º

En donde sí se ve vinculación o nexo es entre el 4º y el 19, porque aquél trata de planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse y de planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional. Si el Constituyente hubiera querido que para fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo fuera necesario que éstas se sujetaran de antemano a los planes y programas fijados, le habría bastado redactar un numeral con este texto: **fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, a los cuales se acomodarán todas las empresas útiles o benéficas que pretendan ser auxiliadas por el tesoro público.**

Pero no lo dijo de ese modo, sino que, en numeral aparte, consignó otra atribución muy diferente, puesto que la materia también lo es. Es decir, que su pensamiento fue ésta: para obras públicas nacionales, planes y programas determinados en una ley; para empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, planes y programas correspondientes no a la ley general de planificación, sino a los indicados por la naturaleza de la empresa, o sea, a los que los técnicos hayan elaborado para levantarla. O lo que es lo mismo: que cuando para fomentar una empresa útil es necesario, además de ser ella digna de estímulo, que se sujete a planes y programas, esos planes y programas no son los descritos y señalados de manera inflexible en una ley, sino simplemente los de orden técnico que la empresa o el particular le han encomendado al perito buscado por ella o por él. Si así no fuera, quizás no habría ocasión de darle vigencia y realidad a uno de los deberes más claros y obligantes del Congreso para con el país y el conglomerado social que representa: fomentar las empresas útiles y benéficas que sean acreedoras al estímulo y apoyo nacionales.

Pero se dirá que entonces la condición de ceñirse "a los planes y programas correspondientes" quedaría sin oficio en el texto de esa cláusula constitucional y que se habría creado una adición vana y sin objeto, y que, por otra parte, los particulares no hacen **programas.** Nó. Porque la condición sí desempeña un papel, cual es el de impedir la proliferación de proyectos de ley que no obedezcan a un fin práctico y que no tengan el respaldo de los especialistas, que son precisamente en estos casos quienes tienen a su cargo prospectar la obra para que la empresa la inicie o acometa. Y en cuanto a que los particulares no hacen planes, es afirmación que carece de consistencia, puesto que programa es una previa declaración de lo que se piensa hacer en alguna materia u ocasión, o también, el tema que se da para un discurso, o el diseño para un cuadro, etc. (Diccionario de la Academia de la Lengua Española).

Cuando un Municipio, por ejemplo, gobernado por un plausible afán de progreso, por su propia gestión y convencido de la utilidad de su esfuerzo, intenta, siguiendo una técnica aconsejada por los expertos para la construcción que se propone, llevar a término una obra que resulta de proporciones superiores a su capacidad económica, la exigencia de la planificación previa o anterior, específica en una ley que no se ha dictado, no se compadece con la urgencia de realizarla.

Porque si es verdad, como lo expresa el diserto mensaje del señor Presidente de la República, que no es aconsejable ni prudente construír aeródromos

en diversos sitios del país, sin haberse dado "los lineamientos generales de dichas obras, especificando las que corresponden a la Nación, las que puedan emprender otras entidades y los requisitos que deban llenar las que hayan de ser fomentadas o apoyadas con fondos del Estado", también es verdad que en tratándose de abrir un camino a la civilización, de crear una nueva vía, verdadero lazo de unión, para ponerse en más estrecho contacto con todas las regiones del país, de dotar a un territorio colombiano que ha mostrado tanto vigor y exhibido tánta pujanza en el desarrollo de sus posibilidades y en la culminación de sus propósitos de crear riqueza y de avanzar sin fatiga, como el Municipio de Pereira, la fuerza de las objeciones se debilita considerablemente. Porque el Proyecto de ley objetado no contempla el auxilio a una de esas fantasías en que es tan pródiga la mentalidad de los colombianos cuando proceden movidos por compromisos de momento que hay que salvar a toda costa. La situación es otra, y el proyecto está muy lejos de causar una erogación inoficiosa.

Si es que el Municipio de Pereira pretende adelantarse a la construcción de una obra que en un futuro habría de ser ordenada para su porción territorial, no se ve por qué pueda ser inconsulta la medida, salvo que la ejecuten — hipótesis inadmisible— inexpertos o ignorantes. Pero en este supuesto la objeción sería otra, y no ciertamente de carácter inconstitucional.

No ha de terminarse este salvamento de voto que recoge suscinta y abreviadamente las razones en que el suscrito fundó la exequibilidad del Proyecto de Ley objetado, sin hacer especial hincapié en que la obra proyectada para el Municipio de Pereira sí fue previamente analizada y planeada, como puede verse en el siguiente aparte del informe favorable de la Comisión del Parlamento:

"Los planes fueron elaborados por ingenieros expertos, los que, sometidos al estudio de la comisión técnica de la Avianca y a la sección correspondiente del Ministerio de Guerra, fueron aprobados, después de que sendas comisiones de las citadas entidades viajaron a aquella región para constatar sobre el terreno las condiciones exigidas por la técnica para esta clase de obras".

La sentencia que la Corte ha pronunciado armoniza sin duda con la idea panorámica que predominó en la reforma del Estatuto fundamental propuesta por el Ejecutivo, como se dice en ella, con un sentido muy claro y justificado de ordenar las tareas parlamentarias y de suministrarle a la labor del Congreso un instrumento eficaz para la mejor efectividad de su trabajo, procurando que ajustara en el futuro la expedición de cierto género de leyes a un método y a una orientación que eliminara la posibilidad de malgastar los dineros públicos en obras o empresas sin interés alguno, que habrían de ser abandonadas por inoportunas cuando ya sobre ellas hubiera invertido el Tesoro buena parte de sus caudales.

Mas es lo cierto que el legislador máximo — el Constituyente — no fue dócil a la meritoria concepción de quien defendió e impulsó aquellas comentadas cláusulas de la reforma. Esto es lo que se advierte en lo que de ellas quedó escrito en el Acto Legislativo número 1 de 1945. Y cuando una Corte de Justicia interpreta una disposición, está bien que mire al espíritu de ella, levantadamente, pero está mejor aún que atienda a su letra, si es claro y no se presta a confusiones el sentido de la misma.

De esa manera queda explicado por qué se apartó el suscrito de la motivación y de la conclusión de la sentencia aprobada por la mayoría de la Corte, en lo concerniente al Proyecto de Ley objetado por el Excelentísimo señor Presidente de la República.

Ricardo Jordán Jiménez.

Bogotá, diciembre 14 de 1945.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE ANTONIO MONTALVO

En el salvamento de voto de mis distinguidos colegas, los doctores Serna, Castillo Pineda y Miranda se demuestra de modo irrefragable que el Congreso Constituyente de 1945 rehusó aprobar la enmienda de la Carta sostenida por el entonces Ministro de Gobierno, consistente en establecer dos categorías constitucionales de leyes: orgánicas o normativas las unas y comunes las otras.

De acuerdo con ese pensamiento de la reforma que el constituyente negó, se habían redactado los numerales 4º, 19º y 20º del artículo 76 que sí se aprobaron y en los cuales se establece que al dictar las leyes sobre fomento de la economía nacional y obras públicas el legislador debe someterse a las leyes generales sobre planificación de tales obras. Esto, con el laudable propósito de evitar la estéril dispersión de los fondos nacionales.

Pero es lo cierto que no habiéndose aprobado en la reforma constitucional los artículos por medio de los cuales se quiso estatuír dos categorías de leyes, unas de ellas obligatorias para el mismo legislador y otras nó, el propósito con que se adicionaron los numerales 4º, 19º y 20º del artículo 76, quedó prácticamente ineficaz.

Esta tesis aparece brillantemente sostenida en el salvamento de voto a que aludo y al cual adhiero, excepto en su parte final, relativa a la manera de interpretar la frase del numeral 20º que dice: "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Reconozco, por otra parte, que es fundada la afirmación hecha por la mayoría de la Corte al sostener que "siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y prové a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, incuestionable es que están sometidas ineludiblemente a un orden de precedencia". Pero hago notar que la misma Corte reconoce enfáticamente en su sentencia que "no hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda".

De manera que al invertir el legislador el orden cronológico o de precedencia para dictar sus leyes sobre estas materias, apenas desatiende un consejo dado por el constituyente, porque si no hay unas leyes que tengan más entidad que otras, y si hoy todas las leyes son comunes y de igual categoría, como lo reconoce la Corte en la frase de la sentencia que acabo de transcribir, resulta falto de lógica afirmar que una ley no es válida por no estar de acuerdo con otra, o porque esta otra no se haya expedido todavía.

El proyecto de ley objetado por el señor Presidente de la República puede estar en desacuerdo con el proyecto de reforma constitucional debatido en 1944 y 1945, pero no con la reforma tal como en realidad quedó aprobada por el constituyente. Y esta consideración me ha impedido compartir la tesis que la Corte adoptó por mayoría para emitir su sentencia.

Bogotá, diciembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

José Antonio Montalvo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. DOMINGO SARASTY M.

He votado negativamente el fallo que declara inexequible el Proyecto de Ley "por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de "Matecaña", por estos motivos:

Dice el artículo 76 de la Constitución Nacional:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:.....

"4ª Fijar los planes y programas, a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse; .....

"19. Decretar las obras públicas que han de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas;

"20. Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes....."

La interpretación de estos textos constitucionales, en relación con las funciones que ejercen las Cámaras Legislativas, en cuanto a la iniciativa de gastos, ha hecho surgir el problema que, en virtud de un mandato constitucional, ha de resolver la Corte Suprema de Justicia, para saber si las objeciones hechas al proyecto de ley por el Presidente de la República son fundadas o no.

Dice el mensaje de objeciones que para votar auxilios destinados a fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, es necesario que exista previamente la ley de planes y programas conforme a los cuales deben desarrollarse; que mientras éstos no existan, los proyectos que consideren tales auxilios son inconstitucionales, porque violan las disposiciones que se dejan transcritas. A esta conclusión se llega por la interpretación conjunta y subordinada de los numerales, 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Reforma Constitucional.

El artículo 69 del proyecto de la reforma presentado por el Gobierno Nacional a las Cámaras Legislativas, reunidas el 20 de julio de 1944, contempla la distinción de dos clases de leyes: orgánicas y comunes. Por las primeras, el Congreso ejerce las atribuciones determinadas en los numerales 1º a 8º, y por las segundas, las señaladas en los numerales 1º a 18 de la disposición citada. Las leyes orgánicas serían como una prolongación de las normas constitucionales, que no podrían cambiarse caprichosamente, sino mediante el cumplimiento de requisitos especiales.

Dentro de esa clase de leyes orgánicas o normativas, se incluye la del numeral 7º, que determina la fijación "de planes y programas a que deba someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

La fijación de planes y programas de que habla el numeral transcrito, sólo hace referencia a las obras públicas que deben decretarse, atribución que aparece más clara en el numeral 13 del artículo 69 del proyecto, cuando dice: "Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con estricta sujeción a las **leyes orgánicas respectivas**". Así, pues, el pensamiento del Gobierno fue claro y terminante al establecer que las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, deben sujetarse a una ley previa que contemple todos los planes y programas que han de desarrollarlas.

El numeral 14 del proyecto establece:

"Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Si el pensamiento del Gobierno hubiera sido el de fomentar las empresas útiles o benéficas, con sujeción a los planes y programas de las leyes orgánicas o normativas, así lo hubiera expresado en forma clara, añadiendo al numeral 14 la frase complementaria del numeral 13: "con estricta sujeción a las leyes orgánicas respectivas". Pero no lo hizo, porque en este caso no se trata de decretar obras públicas, sino de fomentar empresas útiles o benéficas, bien sean departamentales, municipales o simplemente privadas.

La reforma constitucional no fue acogida en su integridad por el constituyente, que rechazó la división que pretendía establecerse en cuanto a las dos categorías de leyes, orgánicas y comunes, pero aceptó el pensamiento expresado en el primer numeral 7º, y en el 13 del proyecto del Gobierno, suprimiendo el aditamento "con estricta sujeción a las leyes orgánicas respectivas", para reemplazarlo por la frase "con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas". Es decir, estableció co-

mo norma primordial la de que, para emprender o continuar obras públicas nacionales, deben existir los planes y programas del primer numeral 7º del proyecto, conclusión que se deduce del informe de mayoría de la Comisión que estudió para segundo debate el proyecto de Acto Legislativo "reformatorio de la Constitución Nacional" en la Cámara de Representantes, cuando expresa:

"..... Existen leyes que por su influencia decisiva en la organización de los servicios públicos o en el progreso económico del país deben merecer por parte del Congreso un tratamiento especial, en el sentido de evitar modificaciones frecuentes en su contenido y de darles cierto carácter de estabilidad. Son precisamente las enumeradas en los incisos segundo a quinto del artículo 69, que se refieren a la expedición de Códigos, a la formación del Presupuesto Nacional, al régimen de creación y supresión de las entidades municipales y a la **fijación de planes y programas para el fomento de la economía nacional y de las obras públicas nacionales**".

El mismo informe citado, al hablar de la limitación de la iniciativa de gastos, en relación con el numeral 13, disiente del pensamiento del Gobierno, al afirmar:

"..... Aunque unánimemente se reconoce que la planificación de la economía nacional y el desarrollo armónico y articulado de los planes viales requieren forzosamente la racionalización en la actividad presupuestal, se disiente en cambio en cuanto a la manera de asegurar tales propósitos sin perjuicio del interés que en la distribución de los recursos generales del Estado tienen todas las secciones del país". Idénticas ideas se encuentran en el Informe de Minoría. (La Reforma Constitucional en el Congreso, páginas 34, 43 y 70).

El constituyente aceptó la reforma del primer numeral 7º y del 13 del artículo 69 del proyecto, que corresponden al 4º y 19 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Determinó la existencia de una planificación previa para las obras públicas que deban emprenderse o continuarse. En otros términos, subordinó la facultad del numeral 19 a la existencia de los requisitos establecidos en el numeral 4º del ya mencionado artículo 76. Pero la interpretación de estas disposiciones constitucionales no puede hacerse en la misma forma, en relación con el numeral 20 del mismo artículo 76 de la Carta.

En el caso del numeral 20 del mencionado artículo, no se trata de emprender o continuar obras públicas nacionales, sino de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, porque no es el legislador quien fija los planes y programas a los cuales deba someterse la iniciativa de una empresa departamental, municipal o privada, sino que es la respectiva empresa la que de antemano elabora los planes y programas para el desarrollo de la obra, y si el legislador la encuentra digna de estímulo y apoyo, decreta el correspondiente auxilio.

El numeral 18 del artículo 76 de la Constitución de 1886, establece:

"Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo".

El doctor José María Samper, en su Comentario Científico de la Constitución de 1886 (Derecho Público Interno de Colombia), al referirse a esa disposición, expresa:

"..... Adoptada ahora la forma de la República unitaria, tuvieron los constituyentes el propósito de evitar que la Nación acometiese por su propia cuenta las empresas que, calificadas de útiles o benéficas, debiesen, sin embargo, ser obra de la iniciativa individual o de los Departamentos, más bien que del Gobierno de la República. Consideróse más conveniente el sistema de la acción indirecta, y para esto se dio al Congreso la facultad de **fomentar**, esto es, proteger, estimular o apoyar, aquellas empresas que, por **notoriamente útiles o benéficas**, sean **dignas** de favor. Las palabras **estímulo** y **apoyo** de que usa el inciso, ligadas a los calificativos de **útil o benéfico**, indican claramente la acepción en que se toma el verbo **fomentar**. Toda interpretación que salga de estos límites será contraria al espíritu de esta atribución legislativa, ora se trate de convertir a la Nación en **empresaria** (lo que no nos parece estar permitido), ora simplemente de fomentar empresas útiles, de un modo indirecto, que es lo autorizado".

Existe, pues, una notable diferencia entre las obras públicas que el legislador ordena emprender o continuar, obras que sí deben sujetarse a planes y programas previos, y aquellas que fomenta por medio de una acción indirecta y que corresponden a empresas departamentales, municipales o privadas. En las primeras, predomina la iniciativa del legislador; en las otras, la iniciativa privada.

El numeral 20 del artículo 76 de la Constitución vigente, confiere al Congreso la atribución de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". El contenido de este precepto es una reproducción exacta del respectivo artículo de la Constitución de 1886, con la única modificación de que se le agregó la frase complementaria "con estricta sujección a los planes y programas correspondientes", adición con la cual el constituyente quiso limitar la política de auxilios incontrolados para las empresas que debía fomentar, su-

jetándolas a una norma de planes y programas propios e independientes de aquellos que pudiera trazarles el mismo legislador. En esto estriba el fundamento de la reforma de 1945.

Con anterioridad a dicha reforma, el Congreso, por medio del sistema de la acción indirecta, fomentaba las empresas, decretando auxilios sin exigencia alguna, sin condición previa, sin la formalidad anticipada de presentar los planes y programas de la obra. Hoy, el Congreso, en su función de legislador, para fomentar las empresas útiles, benéficas o dignas de estímulo y apoyo, exigirá de éstas la sujeción estricta a los planes y programas que previamente se hubieran trazado, pero no a aquellos planes y programas del numeral 4º del artículo 76, que se refiere a las obras públicas nacionales que el mismo legislador decreta.

Estimo que el proyecto no podía ser objetado, porque existe una ley anterior que determina los planes y programas indispensables, a los cuales debe sujetarse la construcción de aeródromos. La Ley 89 de 1938 "sobre aeronáutica civil", en su artículo 54 del Capítulo VII — que trata de los aeródromos y aeropuertos, — determina los requisitos que se han de llenar para iniciar la construcción, a saber:

"a). Autorización previa del Gobierno para el estudio y localización del aeródromo o instalaciones.

"b). Presentación al Gobierno de los planes y proyectos para su aprobación y revisión".

El Municipio de Pereira llenó las formalidades que señala la disposición transcrita. Los planos fueron elaborados por expertos ingenieros y aprobados por la Sección Técnica de la Avianca y por el Ministerio de Guerra, previa verificación de los estudios correspondientes. Otro tanto se hizo con el presupuesto de la obra.

En el informe que rinde la Comisión Tercera del Honorable Senado sobre el Proyecto de Ley objetado, se lee lo siguiente:

"..... No quiere vuestra comisión extenderse en consideraciones que son bien conocidas por los Honorables Senadores, como lo sería, la de la urgencia que tiene el país de prepararse para un mayor desarrollo de la navegación aérea, una vez terminada como lo ha sido, la guerra mundial. Pero sí parece oportuno hacer presente que el Ministerio de Guerra está vivamente interesado, desde el punto de vista militar y comercial, en la construcción del aeropuerto de Pereira. Así lo ha expresado dicha entidad en oficio dirigido al señor Embajador de los Estados Unidos, que dice así: "2537. — Julio 17 de 1945. — Señor Embajador: El Ministerio de Guerra está vivamente interesado, desde el punto de vista militar y comercial, en la construcción del aeropuerto de Pereira. En tal virtud con toda atención intereso a S. E. para que por conducto de la Embajada a su digno cargo, se consigan del Gobierno de los Estados Unidos todas las facilidades necesarias para que el Municipio de Pereira pueda importar la maquinaria que ha pedido para la construcción de un aeropuerto....."

Por este aspecto, y aún en la hipótesis de que para fomentar una empresa (departamental, municipal o privada) útil o benéfica, digna de estímulo, sean necesarios los planes y programas que exige el numeral 4º del artículo 76 para las obras públicas que el legislador ordena emprender o continuar — **no fomentar,** — el proyecto no podrá declararse inexequible, porque él se atempera a las normas constitucionales.

Bogotá, diciembre 15 de 1945.

Domingo Sarasty M. — Pedro León Rincón, Srio.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO

La firma del testador no es esencial, ya que los que no saben leer ni escribir pueden otorgar testamento público; lo que la ley exige en caso de analfabetismo o imposibilidad de escribir es la mención de esta circunstancia con expresión de la causa. (Artículo 1075 C. C.). El artículo 1074 del C. C. impone la expresión en el testamento de ciertas circunstancias de especial importancia como seguridad de identidad personal, como son el nombre y apellido del testador, su nacionalidad, su vecindad, el lugar de su nacimiento, su edad, su sanidad de juicio, los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, los de sus hijos legítimos, legitimados o naturales, con distinción de vivos y muertos, el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos, la fecha del testamento y el nombre y apellido del Notario. Estas expresiones sustanciales son exigidas, so pena de nulidad, si por haber sido omitidas una o más de ellas se hace dudosa la identidad personal del testador, Notario o testigos. Desde el punto de vista del modo y carga de la prueba de estas formalidades esenciales del testamento cuando se trate de deducir en juicio su nulidad externa por omisión de alguna de ellas, precisa distinguir las que la ley manda mencionar expresamente, de las demás que no están sujetas legalmente a tal exigencia. Tratándose de las primeras, constitutivas como son de una solemnidad legal, su prueba es el testamento mismo, de tal manera que si en él no se halla la expresión sustancial e indispensable, el motivo de la nulidad testamentaria está patente. Tal acontece, siguiendo la referencia exclusiva al testamento abierto, con la necesidad de expresar en él, cuando el testador no firma, si es por ignorancia o por imposibilidad, o con la de hacer constar que uno de los testigos firma por otro a su ruego por no saber o no poder firmar (Artículo 1.075, incisos 2º y 3º), o con la firma del testador y de los testigos (ibidem, formalidades éstas cuyo cumplimiento no puede averiguarse sino en el instrumento testamentario mismo.

Las otras formalidades esenciales, si bien deben ser cumplidas también como solemnidades, por no ser su cumplimiento de obligatoria mención en el testamento, puede demostrarse que fueron adecuadamente cumplidas haciendo uso de cualquier medio probatorio, pero en este caso, de acuerdo con principios de derecho probatorio, hay que presumir que el testamento, como sucede con todo instrumento público, fue extendido con el lleno de las formalidades legales, como ocurriría si en la escritura testamentaria no se menciona la circunstancia de haber sido leída, toda entera y en voz alta, por el Notario, o que durante su lectura estuvieron continuamente presentes el Notario, el testador y los testigos (Artículo 1.074).

En materia de firma del testador en testamentos nuncupativos ha sido abundante la doctrina de casación en el sentido de estimar tal requisito simplemente como demostración de la voluntad de testar, sin dar excesiva importancia a la perfección de los signos caligráficos y pensando más en la confianza que inspira la intervención del Notario.

2.—La condenación en costas, por sí sola, no prosperando ninguno de los cargos de ilegalidad sobre cuestiones de fondo, no da base a la casación por la naturaleza accesoria que corresponde a la condena, subordinada a la apreciación propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción y para la apreciación de cuya temeridad tienen los Tribunales incondicionada libertad de criterio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Personalmente y en libelo de fecha 13 de marzo de 1939 dirigido al Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali, Santiago Jiménez Arrechea demandó en acción ordinaria a Pedro Antonio Arrechea para que con su audiencia y en sentencia definitiva se declare que es nulo, de nulidad absoluta, el testamento otorgado por Presentación Arrechea por medio de la escritura número 600 de 30 de abril de 1929, de la Notaría 3ª del Circuito de Cali; que, como consecuencia de la nulidad, la sucesión de la causante es **ab intestato** y debe regirse de acuerdo con la ley; que en ella tiene derecho de heredero el demandante por representación de su madre María Cruz Arrechea de Jiménez, hermana de la muerta; que el demandado está obligado a restituir a los demás herederos, proporcionalmente, los frutos de los bienes de la causante, desde su muerte y hasta que cese en el goce de ellos, y que se le condene en las costas procesales si afrontare el pleito.

Relatando el origen del pleito dice el demandante que muerta su tía Presentación Arrechea inició el juicio para liquidar su sucesión intestada ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali y que en él fue reconocido heredero en representación de su madre, heredera legítima de la causante; que bien adelantado el juicio sucesorio, se presentó Pedro Antonio Arrechea, hijo natural de la muerta, y pidió que se le reconociera como su heredero universal de acuerdo con el testamento público otorgado ante el Notario 3º del Circuito de Cali el 30 de abril de 1929 por medio de la escritura número 600, de esa fecha; que el Juez declaró testamentaria la sucesión y heredero a Pedro Antonio, quien desalojó al demandante de participación en la herencia, y que tan pronto como tuvo conocimiento del testamento buscó la manera amistosa de arreglar sus derechos con el demandado y que sólo ante la negativa de éste se ha visto en la necesidad de ocurrir al órgano judicial.

Los motivos de la nulidad testamentaria pedida están expuestos en los siguientes hechos fundamentales de la demanda:

"6º.—El otorgamiento del testamento contenido en la escritura número 600 antes citada no fue presenciado en unidad de acto por los testigos instrumentales señores Mario Castillo Hurtado, Ramón F. Aragón y Luis Arturo M."

"7º—La testadora a tiempo de otorgar su testamento, y desde algunos años antes, no estaba en su cabal juicio".

"8º—El testamento no fue extendido estando a la vista la presunta testadora, ni fue leído personalmente por el Notario Tercero del Circuito, aunque éste lo escribió de su puño y letra".

"10º—La testadora hacía muchos años que no podía firmar por impedimento físico, a lo cual se sumaba su impedimento moral por ausencia de su razón".

"11º—La firma de la testadora puesta al pie del testamento contenido en la escritura Nº 600 ya citada varias veces, no es autógrafa; para poner allí esa firma la ayudó su hijo, señor Pedro Antonio Arrechea, quien para ello le dirigió la mano".

Trabada sobre estas bases la litis, al término de la actuación correspondiente fue decidida por el Juzgado en sentencia de 7 de febrero de 1942 en la que, por no haber demostrado el demandante su derecho hereditario, se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería del actor y se denegaron los pedimentos de la demanda, condenándolo en las costas judiciales del grado.

Sentencia acusada

Elevado el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por efecto de la apelación interpuesta por el demandante contra la sentencia del Juzgado, fue estudiada en segunda instancia la cuestión de la nulidad del testamento por haberse aportado las pruebas sobre personería en cuya omisión se fundó la decisión de primer grado, pero aunque con nuevos motivos llegó el Tribunal a la misma solución denegatoria de los pedimentos de la demanda, en su sentencia definitiva del 13 de julio de 1944, en la que también fue condenado en costas el actor.

El fundamento de esta sentencia absolutoria es la ausencia de prueba de los motivos de nulidad alegados. Consideró el Tribunal, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, que el testamento mismo es prueba del cumplimiento de las formalidades que la ley exige para su otorgamiento, y que en este caso no aparece invalidado su mérito demostrativo con ninguna prueba capaz de fundar

una convicción en contrario. En materia de insania mental de la testadora ningún peritazgo médico se produjo y ni siquiera testimonialmente se trató de establecerla. Los testigos que a esto se refieren hablan de la buena salud mental de la causante. Respecto a la firma de la testadora, luego de analizar la prueba pericial grafológica producida al efecto, concluye que sobre el particular no hay duda de que la que aparece en el instrumento fue puesta por Presentación Arrechea, y por lo que hace a las demás formalidades concluye que lo único que ofrece el expediente es la verdad que sobre su observancia testimonia en el propio testamento el Notario público que lo autorizó.

"De suerte que, —se lee en la sentencia— si como en el caso presente, aparece demostrado que en realidad la señora Presentación Arrechea estuvo presente ante el Notario 3º de este Circuito; si ante él dio a conocer su voluntad testamentaria; si ella oyó leer las cláusulas de sus disposiciones; si manifestó ante el Notario y las personas que allí estaban ser su deseo que su hijo Pedro Antonio Arrechea fuera su heredero único, por ser su único hijo, cosa ésta que también la manifestó, diciendo también allí cuáles eran sus bienes; si después de redactada su memoria testamentaria le fue leída en alta voz, ¿qué duda hay de que ella no lo firmara? ¿Es posible admitir que después de todo lo dicho, hubiera habido necesidad de suplantarle la firma, de hacerla firmar a la fuerza, si lo que se había dejado escrito era la expresión fiel de su querer? No hay prueba en contrario, de que ella hubiera hecho manifestaciones distintas acerca de otras personas que debían heredarla, ni respecto a la destinación de sus bienes. Todo aparece sencillo y natural".

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, que es una breve pieza admirablemente ceñida a la cuestión litigiosa, recurrió en casación la misma parte actora, vencida en las instancias.

Preparado legalmente el recurso, se procede a decidirlo.

Se apoya la acusación, sin mencionarlo, en el primero de los motivos legales de casación que enumera el artículo 520 del C. J. y se formulan contra la sentencia del Tribunal de Cali los cargos que a continuación se exponen, compendiándolos:

a) Violación de los artículos 1073 y 1075, en su primer miembro, del C. C. y 11 de la ley 95 de 1890 en que incurrió el sentenciador como consecuencia del error de hecho que cometió en la estimación de la prueba pericial grafológica producida en primera y en segunda instancia, por cuanto concluyó que la firma puesta al pie del testamento es autógrafa de Presentación Arrechea. "Como la testadora —dice la demanda— hacía muchos años no podía firmar, se explica que hubiera puesto su nombre propio, que fue lo único que escribió de su puño y letra, de un modo ininteligible; su apellido fue escrito con letra distinta y de un modo claro. ¿Por qué esto último? Porque otra persona, fuera o no su hijo Pedro Antonio Arrechea, le ayudó a firmar o le dirigió la mano. Por esto los peritos Pardo y Tello Rengifo han afirmado, a la luz de la evidencia, que hubo intervención de otra persona en la colocación de la firma".

b) Infracción del artículo 1063 del C. C. en que incurrió el Tribunal directamente y como consecuencia de los errores de hecho que cometió al no tomar en cuenta las contradicciones que se advierten entre el dicho del Notario y los testigos instrumentales sobre quien escribió el testamento, lo mismo que la declaración testimonial que acredita el hecho de que la testadora fue llevada engañosamente de su casa de habitación a la de Clementina Rivera, donde se otorgó el testamento, por el heredero y demandado Pedro Antonio Arrechea, quien por haber sido hijo desnaturalizado y pésimo miembro de familia es de inferir fácilmente que con su sola presencia intimidara a la autora de sus días.

c) Violación por infracción directa de los artículos 1055, 1059, 1072, 1073 y 1074 del C. C., porque al afirmar que no hay prueba de que el testamento no fuera extendido en presencia de la testadora y que sí la hay de que fue leído así en cada una de sus cláusulas y totalmente, "confunde la escritura con la lectura. Pudo haber sido leído el testamento, pero no se extendió a la vista de la testadora, ni el Notario le dio lectura", y porque, además, aceptó el Tribunal que Presentación Arrechea estaba en su cabal juicio al tiempo de testar.

Considera la Sala

La ley rodea el testamento de ciertas formalidades según su especie, que por constituir la garantía de la autenticidad de este acto de disposición

de bienes para después de la muerte, son solemnidades esenciales cuya omisión determina la invalidez o nulidad absoluta del acto testamentario, como lo dispone el artículo 11 de la ley 95 de 1890. Dispone la ley, respecto del testamento solemne nuncupativo o público, clase a que pertenece el otorgado por Presentación Arrechea, que no es indispensable que el testador lo escriba por sí mismo, ni tampoco que lo dicte, puesto que puede haberse escrito previamente (a. 1074); lo esencial de su otorgamiento, sea que el testador lo tenga escrito o que se escriba en uno o más actos, consiste en que sea leído todo en alta voz por el Notario, y que se conserve la unidad del acto, respecto del tiempo y de las personas, esto es, que un mismo Notario y unos mismos testigos estén presentes y a la vista del testador, mientras se lee el testamento, en forma que todos oigan el tenor de sus disposiciones. Termina el acto del otorgamiento por la firma del Notario, del testador y de los testigos. Si alguno de éstos no supiere o no pudiere firmar, otro de ellos firmará por él y a su ruego, expresándolo así. La firma del testador no es esencial ya que los que no saben leer ni escribir pueden otorgar testamento público; lo que la ley exige en caso de analfabetismo o imposibilidad de escribir es la mención de esta circunstancia con expresión de la causa. (a. 1075). El artículo 1074 del C. C. impone la expresión en el testamento, de ciertas circunstancias de especial importancia como seguridad de identidad personal, como son el nombre y apellido del testador, su nacionalidad, su vecindad, el lugar de su nacimiento, su edad, su sanidad de juicio, los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, los de sus hijos legítimos, legitimados o naturales, con distinción de vivos y muertos, el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos, la fecha del testamento y el nombre y apellido del Notario. Estas expresiones sustanciales son exigidas, so pena de nulidad, si por haber sido omitidas una o más de ellas se hace dudosa la identidad personal del testador, Notario o testigos.

Desde el punto de vista del modo y carga de la prueba de estas formalidades esenciales del testamento cuando se trate de deducir en juicio su nulidad externa por omisión de alguna de ellas, precisa distinguir las que la ley manda mencionar expresamente, de las demás que no están sujetas legalmente a tal exigencia. Tratándose de las primeras, constitutivas como son de una solemnidad legal, su prueba es el testamento mismo, de tal manera que si en él no se halla la expresión sustancial e indispensable, el motivo de la nulidad testamentaria está patente. Tal acontece, siguiendo la referencia exclusiva al testamento abierto, con la necesidad de expresar en él, cuando el testador no firma, si es por ignorancia o por imposibilidad, o con la de hacer constar que uno de los testigos firma por otro a su ruego por no saber o no poder firmar (a. 1075, inc. 2º y 3º), o con la firma del testador y de los testigos (ibidem), formalidades éstas cuyo cumplimiento no puede averiguarse sino en el instrumento testamentario mismo.

Las otras formalidades esenciales, si bien deben ser cumplidas también como solemnidades, por no ser su cumplimiento de obligatoria mención en el testamento, puede demostrarse que fueron adecuadamente cumplidas haciendo uso de cualquier medio probatorio, pero en este caso, de acuerdo con principios de derecho probatorio, hay que presumir que el testamento, como sucede con todo instrumento público, fue extendido con el lleno de las formalidades legales, como ocurriría si en la escritura testamentaria no se menciona la circunstancia de haber sido leída, toda entera y en voz alta, por el Notario, o que durante su lectura estuvieron continuamente presentes el Notario, el testador y los testigos (a. 1074). "La ley exige —ha dicho esta Sala de Casación— que el testamento abierto sea leído en alta voz por el Notario, cuando éste concurre al acto; pero este artículo no prescribe que se deje constancia de tal formalidad en el testamento. De suerte que lo que constituye la nulidad es la omisión de la lectura en alta voz, pero no el haberse dejado de expresar en el testamento que se cumplió debidamente esa formalidad. Y sabido es que los documentos públicos y auténticos llevan en sí la presunción de haberse hecho bien, hasta tanto que no aparezca de manifiesto o no se acredite lo contrario" (G. J. tomo XX p. 307).

Este caso de nulidad del testamento abierto otorgado ante Notario por Presentación Arrechea aparece planteado y resuelto en la sentencia que se estudia en completa armonía con las normas y principios legales que se acaban de recordar, de modo que resultan vanos todos los cargos de ilegalidad que contra ella formula el recurrente en casación.

El primero, que se relaciona con la firma de la testadora, carece, en realidad, de importancia en la forma en que ha sido propuesto. No se trata, en efecto, de que la testadora Arrechea no hubie-

ra firmado su testamento y en él se hubiera omitido expresar la causa de esta omisión de firma; la pretendida irregularidad que por este aspecto se aduce como base de la nulidad demandada se hace consistir, como ya se vio al sintetizar las acusaciones, en que ella sólo escribió de su puño y letra, casi inteligiblemente, su nombre, y que para escribir su apellido que aparece claramente caligrafiado, fue necesario que se la ayudara dirigiéndole la mano.

En materia de firma del testador en testamentos nuncupativos la doctrina de casación ha sido abundante y reiterada en el sentido de estimar tal requisito simplemente como demostración de la voluntad de testar, sin dar excesiva importancia a la perfección de los signos caligráficos y pensando más en la confianza que inspira la intervención del Notario. Se recuerdan a continuación algunas de estas soluciones jurisprudenciales:

"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" (G. J. XVI p. 289).

"El testamento nuncupativo otorgado ante el Notario no es nulo porque haya sido firmado por el testador tan sólo con su nombre de pila, aunque confusamente, y no lo haya completado con su apellido y su rúbrica a causa del mal estado de su salud, si por otra parte son conocidos el Notario y los testigos y son suyas las firmas de los otorgantes" (G. J. t. XVI p. 289).

"Si hallándose el testador en el goce de sus facultades volitivas y mentales, manifiesta deseo de autorizar el testamento con su firma, y ese deseo se traduce y manifiesta en caracteres escritos de eficacia bastante para revelar el propósito serio y deliberado de firmar, esos caracteres, por incorrectos que sean, valen como firma, supuesta la intención clara que traducen y en cuanto sean susceptibles de servir de prueba de esa intención". (G. J. t. XVI p. 291).

Planteada así la cuestión, desvinculada del problema de la autenticidad de la firma de la testadora Arrechea en cuanto expresión de su voluntad de autorizar el instrumento testamentario, el cargo por error de hecho en la estimación del dictamen grafológico carece de objeto y trascendencia y sería ocioso que la Sala se detuviera en su estudio pormenorizado.

Ninguna de las pruebas del proceso da base para pensar que el consentimiento de la testadora Presentación Arrechea hubiera sido dañado por la intervención de la fuerza, que al tenor del artículo 1063 del C. C. es causa de nulidad interna del acto por falta de uno de los requisitos de fondo. Este aspecto, que plantea el recurrente con la cita del precitado artículo del Código Civil entre las disposiciones que dice fueron quebrantadas por el Tribunal, no figura entre los motivos básicos de invalidación propuestos en la demanda, y por tanto, no habiendo sido cuestión fundamental de las debatidas en la litis, su consideración podría declararse improcedente en el recurso. Pero es que, además, como ya se advirtió, su desamparo probatorio es total. De la intervención que el recurrente le atribuye al demandado Pedro Antonio Arrechea en el acto de la firma de la testadora y que él mismo dice que fue de ayuda, es absurdo deducir conclusiones de fuerza. Lo propio cabe decir del hecho aislado de haber la causante otorgado su testamento en casa de Clementina Rivera a donde fue la testadora por sus propios pasos y en compañía de sus nietas, como lo refiere el testigo cuya declaración fue erróneamente apreciada, según el recurrente. El siguiente párrafo de la demanda de casación da la exacta medida de la sinrazón de este cargo: "Como pésimo miembro de familia (el demandado), su conducta ha dejado mucho qué desear. Por causa de sus antecedentes, que son de orden social y moral, hice el intento de probarlos, según así aparece del cuaderno 11, pero como los medios conducentes no fueron negados por el magistrado que a la sazón era el sustanciador, precisamente por no ser legales sino de orden social y moral, la prueba de ello, que me hubiera justificado una vez más por la acción intestada, no figura en autos. Quien con aquellos antecedentes asistía al otorgamiento del testamento materno fácilmente hace inferir que su sola presencia bastaba para intimidar a la autora de sus días. Vistas las cosas por este nuevo aspecto hubo coacción en el otorgamiento del testamento".

Por lo que hace a la pretendida violación del artículo 1059 del C. C. el propio recurrente, al formular su acusación, le resta seriedad y fundamento interpretando la norma de que el testamento es un acto de una sola persona, no en el adecuado sentido de que en un mismo instrumento no pueden testar dos o más individuos sino en el inaceptable de que en el proceso de su elaboración, en su escritura y redacción no pueda intervenir ninguna persona distinta del testador. Dice: "La prueba indicial con relación a este cargo, que

alego de un modo subsidiario, es una inferencia, puesto que el Notario ha afirmado que lo extendió un escribiente, siendo así que los peritos que examinaron el original afirman cosa distinta: que está escrito de puño y letra del Notario. Luego si éste no fue quien lo escribió en presencia de la testadora era porque ya lo tenía escrito, caso en el cual el testamento no es acto propio y personalísimo de dicha testadora... Si la testadora no firmaba, razón por la cual otro hubo de ayudarle o puso su apellido, el testamento así otorgado no es acto de una sola persona, sino de dos, con sus cómplices".

La cláusula Quinta del testamento de Presentación Arrechea, reza: "El infrascrito Notario certifica que la testadora dictó una a una sus disposiciones, las que le fueron leídas en la misma forma, en presencia de los testigos presentes durante el acto; que la testadora estaba en el pleno goce de sus facultades y que la misma testadora declaró que por medio del presente revoca y anula cualquier otro testamento, documento o poder que antes de esta fecha hubiera conferido".

Con esta atestación, a más de la presunción legal que en favor del testamento habría que aceptar, se ha probado superabundantemente en este caso el cumplimiento de las formalidades esenciales que la ley impone para la validez del testamento solemne y público otorgado ante Notario, y contra esta certidumbre, como lo advierte la sentencia acusada, no se produjo por quien legalmente estaba obligado a hacerlo, ninguna prueba de mérito capaz de invalidarla o destruirla. Esta situación procesal, cuya exactitud se ha confirmado con el examen de los autos, se quiere destruir en casación con meras afirmaciones y razonamientos, tratando de revivir ante la Corte la cuestión debatida en el pleito, en forma que no se ajusta a las exigencias indispensables de la ley normativa de este recurso. Las conclusiones probatorias del fallo no pueden modificarse sino a través de la demostración de errores en la apreciación de las pruebas, por desprecio de su mérito obligatorio o por la manifestación de una evidencia contraria que de ellas aparezca, según que se yerre de derecho o de hecho. Y aquí también el propio recurrente abona este concepto de la Sala cuando dice: "Yo he afirmado en uno de los hechos de la demanda, según se vio ya, que la testadora no estaba en su sano juicio. La prueba respecto de este hecho no la produje porque desde un principio hube de tener en cuenta que para el éxito de la acción me bastaba con la eficiencia de la prueba pericial, ya que para algo ha de servir la táctica procedimental; sin embargo, aquella prueba obra de autos de un modo indirecto, ya que la testadora fue llevada a donde quisieron el interesado y sus cómplices, sin que ella supiera el objeto de esa conducción, ora porque sobre su sano juicio no dieron fe los testigos sino el Notario en una forma no acostumbrada o que no es de ritual, esto es, certificada, siendo así que de la cabalidad del juicio deben dar fe igualmente los testigos".

En forma completamente incidental, sin ensayar ninguna demostración, ni decir siquiera en qué consiste la incongruencia, se acusa la sentencia por el motivo segundo del artículo 520 del C. J., por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio. Si se demandó la nulidad de un testamento y la sentencia, con una motivación completa sobre la cuestión de invalidez del acto, la deniega por no haberse probado, no hay lugar ni pertinencia para alegar la causal de casación de que se trata, consistente en que la sentencia resuelva sobre puntos ajenos al debate judicial o deje de resolver sobre lo que las partes sometieron a juicio. La incongruencia debe ser entre la demanda y la sentencia y no entre ésta y la esperanza que los litigantes vinculen al desenlace del litigio.

Finalmente, acusa el recurrente la sentencia de ser violadora de los ordinales 1º y 2º del artículo 575 del C. J. por habérsele condenado al pago de las costas de ambas instancias, lo que equivale a condenarlo a resarcir un daño que ha estado muy lejos de causar puesto que quien hace uso de su derecho a nadie perjudica.

Para rechazar este último reparo al fallo recurrido basta recordar la reiterada jurisprudencia de esta Sala que tiene establecido que la condenación en costas, por sí sola, no prosperando ninguno de los cargos de ilegalidad sobre cuestiones de fondo, no da base a la casación por la naturaleza accesoria que corresponde a la condena, subordinada a la apreciación propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción y para la apreciación de cuya temeridad tienen los Tribunales incondicionada libertad de criterio.

No habiéndose, pues, demostrado ninguno de los cargos de ilegalidad que se han formulado en el recurso, 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 Cali el 13 de julio de 1944, materia de este recurso de casación, y condena al recurrente en las costas.

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

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Hernán Salamanca.—José Antonio Montalvo.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón.—Srio. en ppdad.

SOCIEDADES DE MINAS.—ACCIONES DE MINAS

No puede reputarse vigente la limitación que establecía el artículo 259 del Código de Minas, después de que el 29 de la ley 292 de 1875 levantó la que había hasta él según el artículo 257, que reemplazó. Este reemplazo del artículo 257 suprimió la limitación establecida por éste en su segundo miembro o parte final, lo que resalta al cotejar estas dos disposiciones, o sea, los artículos 257 del Código y el 29 de la citada ley. La situación a que atienden es la que corresponde a socios concurrentes en persona. Por su lado el artículo 259 del Código se refiere a la situación de socios que, a más de sus propias acciones, tengan por representación las de otro u otros socios. En uno y otro caso se juntan varias acciones en un mismo votante, lo que implica identidad entre los dos desde este punto de vista. No parece lógico que, a pesar de esto, se tuviera por vigente la limitación del artículo 259, estando suprimida la del artículo 257. A ella se recurrió con el fin de evitar el sacrificio de las pocas acciones por las muchas y de procurar, con tal fin, la concurrencia de los pequeños accionistas a las asambleas; y bien se ve que si se prescindió de tal propósito y defensa al tratarse de los accionistas mismos, no puede entenderse que quedara en pie para cuando no concurren en persona, detalle éste de ninguna significación ante el fondo y razón de ser de esas disposiciones (artículos 257 y 259), inseparables como encaminadas a un mismo objetivo. Ante esto, es de conceptuar que existe incompatibilidad entre el artículo 259 del Código, en cuanto en su inciso 1º establece la expresada limitación, y el artículo 29 de la ley 292 de 1875 que la levanta en la forma plena y general implicada por su redacción misma, pues principia por sentar el precepto de que los votos han de valer y numerarse según las acciones de cada socio, cualquiera que sea el número de ellas, con estas palabras: "En todo caso". Quedó, pues, derogado tácitamente el artículo 259 por el 29 de la ley 292 de 1875. Pudiera entenderse que, a pesar de lo dicho, siga en pie el artículo 259 con su limitación mencionada, por referirse sólo al caso de que un socio cuyas acciones pueden ser de número reducido logre por representación de otros socios atajar el querer de accionistas dueños de gran número de acciones y que, por ser fácil conseguir esa representación, haya de considerarse en pie la limitación en referencia, esto es, la del artículo 259, mas en el caso del pleito no sería aplicable ese artículo, pues exclusivamente se refiere al caso de representación de uno o más socios por un socio, es decir, el aumento de las acciones de éste mediante la representación de aquéllos.

2.—El sentenciador debe ajustar su fallo concretándose al problema controvertido, tal como lo trázan y circunscriben la demanda y su respuesta. Este principio jurisprudencial se halla consagrado expresamente en nuestras leyes, como se ve en el C. J. en sus artículos 471, inciso 4º, y 330, numeral 2º.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Sobre el título expedido el 17 de marzo de 1936 en favor del señor Samuel Poveda D. y otros quedó formada la sociedad ordinaria de minas para la explotación de la de oro y plata La Diamantina, corregimiento de San Luis del Municipio de Neiva, entre él y otras personas que, por traspasos de detalle innecesario aquí, eran para el 27 de febrero de 1937, las señoras Saturia Trujillo de Perdomo y Elena Díaz viuda de Cuéllar, el señor Rogerio Saldarriaga y el doctor Aníbal Cardoso Gaitán. Este día se reunieron, por sí o representados, todos los accionistas, salvo Poveda, en asamblea general, la que decretó la terminación y disolución de esa compañía y vendió al señor Jesús Antonio Perdomo los haberes de la misma, inclusive su aludido título, con cargo de pagar determinadas deudas de ella.

La sociedad estaba dividida en cien acciones, de las cuales correspondían siete al doctor Cardoso y veintisiete al señor Saldarriaga concurrentes en persona a aquella reunión con un total, pues, de 34; treinta y tres a la señora Trujillo y tres a la señora Díaz, o sea, 36 entre las dos, representadas en aquel acto por el señor Perdomo. Al señor Poveda correspondían las treinta restantes.

Este entabló juicio ordinario contra todas las demás personas prenombradas, señor Perdomo, señoras Trujillo de Perdomo y Díaz de Cuéllar, señor Saldarriaga y doctor Cardoso Gaitán, en demanda que solicita las múltiples declaraciones que aquí se verán adelante, entre ellas, ante todo, la de nulidad de lo acordado en la mencionada reunión y solemnizado en seguida por escritura pública número 557, ante el Notario segundo de Bogotá, el 1º de marzo de 1937.

La demanda, fechada en Neiva el 30 de marzo de 1939, se repartió al Juzgado 2º Civil de ese Circuito, donde, tramitada la instancia, se falló el 17 de junio de 1942 negando todo lo pedido y absolviendo a los demandados, sin costas. Por apelación del actor, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de allí, quien la cerró revocando la sentencia del Juez, declarando dicha nulidad, condenando a Perdomo a restituír los aludidos bienes a la compañía y pagarle sus frutos y haciendo las demás ordenaciones pertinentes, en fallo de 10 de julio de 1944, contra el cual interpuso casación el apoderado de Perdomo y otros demandados. Sustanciado el recurso, se procede a decidirlo.

El demandante hace consistir la nulidad en el hecho de haberse acordado lo que reza el acta de la reunión de dicho febrero y consigna la citada escritura de 1º de marzo de 1937 sin el número de votos necesario en ley; así: los accionistas que concurrieron en persona tenían 34 acciones, cifra cuya mitad es 17, y los demás accionistas, o sea, los que concurrieron representados por el señor Perdomo, tenían 36, número que no podía significar 36 votos, porque este señor no podía tener la mitad siquiera de los votos de los presentes, según el precepto del artículo 259 del C. de Minas; de suerte que, no pudiendo llegar sino a 16 estos votos, al reunirlos con aquellos 34, formaron sólo 50 y, por consiguiente, la resolución tomada en aquel acto de 27 de febrero no contó con la mayoría absoluta requerida por el artículo 256 de ese Código.

El Tribunal acogió esta tesis, no sin observar previamente que una determinación como la de poner fin a la sociedad por la sola voluntad de los accionistas y no por vencimiento del plazo u otro motivo establecido en la ley o en la escritura social, requiere unanimidad, tal como la requirió la formación de la compañía, y de esta reflexión dedujo por la no concurrencia de Poveda una nulidad absoluta por falta de consentimiento.

El recurrente invoca los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J., así: este último, porque el Tribunal se funda en esa falta de unanimidad, hecho no aducido en la demanda y que, por tanto, no figuró en el litigio, pues ella exclusivamente invoca la falta de mayoría absoluta; y dentro del motivo primero acusa de violación de los artículos 259 del C. de Minas, 29 de la Ley 292 de 1875, 1º de la 38 de 1887 y 71 del C. C., reflexionando, en suma, en esta forma: el artículo 29 reemplazó al 257 del C. de M. y derogó el 259 del mismo, no expresamente, pero sí en la forma tácita de que habla dicho artículo 71, porque la limitación establecida en el 259 es incompatible con la libre computación preceptuada en el 29.

Se considera:

Efectivamente no puede reputarse vigente la limitación que establecía el artículo 259, después de que el 29 levantó la que había hasta él según el artículo 257 que reemplazó. El 257, que partía del sistema señalado en el 255 sobre división en doce acciones, cuyo aumento se aceptó después era de este tenor: "Los votos deberán valer y numerarse según las acciones que poseyere en la mina cada socio; de modo que si uno o muchos fueren dueños de sólo una acción, tendrán solamente una acción y el que tuviere dos, valdrá su voto por dos, y así de los demás; pero si uno solo fuere dueño de doce o más acciones, su voto valdrá siempre por uno menos de la mitad de los que pueden computarse en la reunión respectiva".

El artículo 259 dice: "Los socios pueden representarse entre sí; pero nunca uno de ellos podrá tener la mitad o más de los votos de los que estén presentes en la junta. El socio que represente por otro, responde de la rectificación de su representado".

El artículo 29 de la citada ley de 1875 dice: "El artículo 257 quedará así: En todo caso los votos deberán valer y numerarse según las acciones que poseyere en la mina cada socio; de suerte que si uno o muchos fueren dueños de sólo una acción, tendrán solamente un voto; el que tuviere dos, valdrá su voto por dos, y así de los demás".

Como se ve, este reemplazo del artículo 257 suprimió la limitación establecida por éste en su segundo miembro o parte final, lo que resulta al cotejar estas dos disposiciones, o sea, los artículos 257 del Código y 29 de la ley.

La situación a que atienden es la que corresponde a socios concurrentes en persona.

Por su lado el artículo 259 se refiere a la situación de socios que, a más de sus propias acciones, tengan por representación las de otro u otros socios.

En uno y otro caso se juntan varias acciones en un mismo votante, lo que implica identidad entre los dos desde este punto de vista. No parece lógico que, a pesar de esto, se tuviera por vigente la limitación del artículo 259, estando suprimida la del 257. A ella se recurrió con el fin de evitar el sacrificio de las pocas acciones por las muchas y de procurar, con tal fin, la concurrencia de los pequeños accionistas a las asambleas; y bien se ve que si se prescindió de tal propósito y defensa al tratarse de los accionistas mismos, no puede entenderse que quedara en pie para cuando no concurren en persona, detalle éste de ninguna significación ante el fondo y razón de ser de esas disposiciones (artículos 257 y 259), inseparables como encaminadas a un mismo objetivo.

Ante esto, es de conceptuarse que existe incompatibilidad entre el artículo 259 del Código, en cuanto en su inciso 1º establece la dicha limitación, y el artículo 29 de la ley 292 de 1875 que la levanta en la forma plena y general implicada por su redacción misma, pues que principia, para sentar el precepto de que los votos han de valer y numerarse según las acciones de cada socio, cualquiera que sea el número de ellas, con estas palabras: "En todo caso".

En este sentido es de traerse a cuento la sentencia de casación de treinta de noviembre de 1922 (G. J., tomo XXIX, página 330) en juicio en que, entre otros temas, se presentó el de si era válida o nula, esto último por insuficiencia de votos, la resolución de una junta de accionistas aprobada únicamente por un socio que tenía la mayoría de las acciones. El Tribunal había conceptuado en forma análoga a la aquí expuesta, y el recurrente acusaba su fallo por violación, en virtud de mala interpretación, de los artículos 29 y 259 aquí citados. El cargo lo rechazó la Corte en los términos que allá se leen, de los cuales por su pertinencia se transcriben éstos:

Dijo entonces la Corte: "El Art. 29 de la Ley 292 de 1875 reformó el 257 del Código de Minas no tan sólo en el sentido de suprimirle la última parte, sino en el de anteponerle la expresión **en todo caso** que vino a darle un carácter general y absoluto a la disposición.

"La circunstancia de haberse eliminado la parte del artículo 257 que prohibía a un accionista tener la mitad o más de los votos computables en la respectiva reunión, unida a la anteposición de la frase de que se ha hablado, indica claramente que el objeto de la reforma fue el de que en toda circunstancia cada acción propia valiera por un voto".

En seguida aquel fallo advierte cómo el artículo 259 se refiere, no a acciones propias de un socio concurrente, sino a las que éste tenga, parte en dominio y parte en representación de otros socios, y agrega que si, a pesar de esta diferencia, se entiende que aquellos dos artículos se refieren a un mismo caso, "la incongruencia deberá resolverse en favor del artículo 29, por ser posterior".

Lo dicho hasta aquí conduce a conceptuar que hubo la derogación afirmada por el recurrente con cita del artículo 71 del C. C., según el cual ella "es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

Pudiera entenderse, a pesar de lo dicho, que siga en pie el artículo 259 con su limitación mencionada, por referirse sólo al caso de que un socio cuyas acciones pueden ser de número reducido logre por representación de otros socios atajar el querer de accionistas dueños de gran número de acciones y que, por ser fácil conseguir esa representación, haya de considerarse en pie la limitación en referencia, esto es, la del artículo 259. Y aún así, esto es, aun dejando de lado las precedentes reflexiones en cuanto conducen al concepto de derogación tácita de ese artículo 259, es justificado el cargo del recurrente sobre quebranto de esta disposición por indebidamente aplicada, porque, por lo que hace al caso en estudio, basta al efecto reconocer que el señor Perdomo, representante en la reunión de febrero de 1937 de las acciones de las señoras Trujillo y Díaz, no era socio de la Compañía, circunstancia decisiva contra la aplicación de ese artículo que, aunque se repute en pie, no puede regir aquel acto, siendo así que exclusivamente se refiere al caso de representación de uno o más socios por un socio, es decir, al aumento de las acciones de éste mediante la representación de aquéllos.

Igualmente se justifica el cargo consistente en que la demanda no planteó el problema de la unanimidad y de que, por tanto, éste no fue materia del litigio. El demandante al pedir la nulidad y formular las demás súplicas de su libelo, no deriva su intención de que fuese necesario el concurso de todos los accionistas para acordar la disolución de la Compañía en la oportunidad y por los motivos invocados en el acto de 27 de febrero, al tenor de la escritura de 1º de marzo de 1937. La razón aducida por el demandante y el fundamento de todas sus peticiones es tan sólo el de que no hubo en la votación de ese día la mayoría absoluta. En efecto, el libelo pide que la sentencia que ponga fin al juicio haga estas declaraciones: "PRIMERA: Es nula o de ningún valor, por no haber sido aprobada por la mayoría

absoluta de votos, la resolución proferida por la asamblea de accionistas de la Compañía Minera Diamantina, reunida en la ciudad de Bogotá el día 27 de febrero de 1937, que adoptó las siguientes proposiciones: ..... SEGUNDA. Es nula también, o de ningún valor ni efecto, por la misma causa, esto es, por no haber sido aprobada por la mayoría absoluta de votos de la asamblea de accionistas de la Compañía Minera Diamantina, la venta hecha al señor Jesús Antonio Perdomo A. del molino ..... TERCERA. Que es igualmente nula o de ningún valor ni efecto, por la misma razón antes expresada, o sea, por no haber sido aprobada por la mayoría absoluta de votos de la asamblea de accionistas de la Compañía Minera Diamantina, la cesión hecha a favor del señor Jesús Antonio Perdomo A. de los títulos".....

La precedente transcripción hace ver con suma claridad cómo se demandó y cuál fue la causa o razón de la demanda. El sentenciador debe ajustar su fallo concretándose al problema controvertido, tal como lo trazan y circunscriben la demanda y su respuesta. Este principio jurisprudencial se halla consagrado expresamente en nuestra ley, como se ve en el C. J., en sus artículos 471, inciso 4º, y 820, numeral 2º

Al prosperar el recurso e invalidarse, por ende, el fallo recurrido, debe dictarse el que ha de reemplazarlo. Así lo ordena el artículo 538 del C. J.

A este fin, a las consideraciones anteriores que, en lo pertinente, a él concurren, a más de resolver el recurso, se agregan las siguientes:

Los pedimentos 1º, 2º y 3º de la demanda aquí transcritos se complementan con el 4º, encaminado a la cancelación del registro de la citada escritura de 1º de marzo de 1937, para formar los cuatro en su conjunto la demanda principal, cuya suerte adversa queda ya formulada aquí. En seguida, como demanda subsidiaria, presenta el libelo los pedimentos 5º a 10º, encaminados a obtener la declaración de que es parcialmente nula la dicha resolución de 27 de febrero de 1937 en lo que se refiere a las treinta acciones de Poveda y que es igualmente nula en esa parte la venta hecha a Perdomo de los aludidos bienes y la cesión de esas treinta acciones, por lo cual ha de cancelarse en esa parte el registro de la citada escritura, y ha de declararse también que Poveda, dueño de sus treinta acciones de centésima, lo es, en la misma proporción, de aquellos bienes y consecuencialmente Perdomo está obligado a restituírselos en esa cuota y pagarle sus frutos.

No siendo el caso de invalidar la determinación en estudio, en fuerza de las consideraciones aquí hechas, tanto para acoger el recurso de casación como, ya en sentencia de instancia, rechazar las súplicas de la demanda principal, o en otras palabras, habiendo de quedar en pie lo acordado en la reunión de 27 de febrero de 1937 tántas veces aquí citada, no puede ser tampoco el caso de la invalidación parcial solicitada subsidiariamente.

Además, como observa el fallo de primera instancia, Poveda al concurrir a la formación de la compañía le traspasó todo lo que constituyó su aporte; de manera que lo enajenado por virtud del acuerdo de aquel día no era en todo ni en parte de ninguno de los accionistas, sino de la sociedad. Si ésta en debida forma determinó la enajenación de todo ello, ninguno de los socios puede reclamar como suyo lo que adquirió la persona que le compró a la sociedad.

No cabe, pues, decretar las dichas súplicas subsidiarias.

Como final de la parte petitoria de su libelo, formula en calidad de subsidiarias el demandante estas solicitudes, que llevan los números 11 y 12: la declaración de que es nula por simulada, o por falta de causa o causa falsa, la cesión aprobada en la asamblea de 27 de febrero y perfeccionada por la escritura de 1º de marzo, y que en consecuencia es nulo y debe cancelarse el registro de esa escritura.

La mera lectura del acta de la mencionada reunión basta para hallar injustificados esos pedimentos. Allí consta que el mal estado de la Compañía en razón de sus deudas y de la carencia de productos u otros medios de pagarlas fue lo que determinó su disolución y que a su liquidación se proveyese enajenando por cierto precio los bienes de su activo e imponiendo al adquirente señor Perdomo la cancelación del pasivo social por las cantidades y a los acreedores determinados al efecto, con cargo, además, de entregar para distribuírlo entre los antiguos socios la cantidad que quedase como saldo después de esos pagos, obligación para cuyo cumplimiento se señaló plazo.

Así las cosas, mal puede decirse que tal enajenación a Perdomo fuese simulada, acerca de lo cual no hay pruebas que destruyan la que desde luego suministra por sí misma aquella escritura pública.

No puede decirse tampoco que la causa falte o sea falsa. Este elemento, cuya expresión es innecesaria, quedó consignado en los términos a que acaba de aludirse. Lo que indica ese instrumento como precio, o sean, las prestaciones impuestas a Perdomo en cambio de su adquisición, pueden parecer a Poveda muy bajas ante el valor efectivo de esto y pueden serlo efectivamente; pero esta circunstancia, que en el presente litigio no está acreditada, no determina por sí sola, aun en los procesos en que sí lo está, ni falta de causa, ni causa falsa, ni simulación.

Por tanto, estas otras peticiones subsidiarias no prosperan tampoco.

Es de anotarse que a la Sala ha presentado el doctor Cardoso Gaitán, como demostración de la ausencia de interés personal en él y de participación suya en la suerte del litigio, copia de estas dos escrituras: la de 20 de septiembre de 1944, otorgada ante el Notario 2º de Bogotá, y la otorgada con el número 234 el 11 de mayo de 1945 ante el Notario 2º de Neiva, en que, respectivamente, constan la donación a título gratuito hecha por él de sus acciones aquí referidas al hospital de San Miguel de Neiva, y la aceptación pronunciada por el representante de la entidad donataria.

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 Neiva el diez de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro y en su lugar confirma la de primera instancia pronunciada por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva el diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.) **Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón**, Srio. ppdd.



FILIACION NATURAL.—EFECTO DE LAS SENTENCIAS SOBRE FILIACION. TEORIA DEL LEGITIMO CONTRADICTOR EN LAS LEGISLACIONES CHILENA Y COLOMBIANA. — INTERPRETACION DEL NUMERAL 2° DEL ARTICULO 403 DEL C. C. — AMBITO DE ACCION DE LOS ARTICULOS 400, 401, 403 Y 404 EN LA LEY 45 DE 1936. — PRUEBA DEL HECHO DE LA FILIACION NATURAL. — PRESUNCIONES. — RESUMEN FINAL DE LA DOCTRINA DE LA CORTE QUE ECHO POR TIERRA LA ANTERIOR

I—Los artículos 401, 402 y 403 del C. C., que no pueden tomarse aisladamente unos de otros, sino constituyendo todos entre sí una sola regla armónica, configuran una excepción al artículo 17, o autorizan de manera expresa que los fallos a que la primera disposición se refiere, condicionados por las otras dos, tengan efectos generales absolutos. El artículo 401, complementado por los 402 y 403, comprende claramente dos especies de juicios: primero, aquellos en que se controvierte la filiación legítima, provenientes de las acciones de impugnación o de reclamación de la paternidad legítima, consagradas en el capítulo 1º., Título X del Libro 1º del Código en los artículos 237 y 52 de la ley 153 de 1887, correspondientes al Título XI del mismo Libro y en el artículo 406, y segundo, las controversias sobre maternidad provenientes de las acciones sobre impugnación o reclamación de la maternidad, contemplada en los artículos 335 a 338, integrantes del Título XVIII ibidem y en el mismo artículo 406. Mas no en todas las acciones referidas la sentencia que las defina se reviste de efectos absolutos, sino aquellas colocadas dentro del artículo 402, una de cuyas condiciones establece que se hayan dictado con audiencia del legítimo contradictor.

II—En los artículos 315 a 320 del C. C. de Chile reglamentó D. Andrés Bello el alcance de las sentencias dictadas en las acciones sobre paternidad legítima y maternidad disputada, para lo cual se valió del discutido concepto del LEGITIMO CONTRADICTOR, pero precisándolo por medio de la determinación en la misma ley de las personas que en cada caso tienen ese carácter. De manera que en Chile como en Colombia la teoría del LEGITIMO CONTRADICTOR, que en Francia no pasó de ser mera tesis abandonada de controversia, se consagró en la ley con el fin de formular una derogación particular y también limitada al principio de derecho común sobre relatividad de la cosa juzgada. Según los 315 a 317 del Código de Chile (artículos 401 a 403 del de Colombia), la estructura esencial del sistema sobre la cosa juzgada en materia de fallos de filiación legítima y maternidad, está comprendido en las siguientes reglas que forman un todo armónico e inseparable: LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUICIOS DE ESTADO SOBRE FILIACION LEGITIMA Y SOBRE MATERNIDAD SURTEN EFECTOS CONTRA TODOS SIEMPRE QUE REUNAN LOS SIGUIENTES REQUISITOS: a) QUE LA SENTENCIA HAYA PASADO EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA; b) QUE ESA SENTENCIA SE HAYA PRONUNCIADO CON AUDIENCIA DE LEGITIMO CONTRADICTOR; SIENDO LEGITIMOS CONTRADICTORES: EN LA CUESTION DE PATERNIDAD, EL PADRE CONTRA EL HIJO O EL HIJO CONTRA EL PADRE; Y EN LA CUESTION DE MATERNIDAD, LA MADRE CONTRA EL HIJO O EL HIJO CONTRA LA MADRE, y c) QUE NO HAYA HABIDO COLUSION EN EL JUICIO. Cuando alguno de los tres requisitos anteriores falta, la sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada sino entre las partes que han litigado. Rige entonces la regla de la relatividad de los fallos. La falta de análisis del segundo requisito ha ocasionado la errónea interpretación que se les ha dado en Colombia a los artículos 401 a 403, dándoles significación diametralmente opuesta a la idea que encarnan, sobre la cual siempre es-

comentadores chilenos y colombianos. Se controvierte la paternidad legítima con legítimo contradictor, y el fallo que en tales juicios se pronuncie tiene efectos absolutos, contra todos, 1º: cuando conforme a los artículos 214, 215 y 237 del C. C. y 3º y 6º de la ley 95 de 1890, el marido impugna la legitimidad del hijo, y 2º: cuando alguno se presenta y promueve pleito como verdadero padre de la persona que pasa por hijo legítimo de otro, según el artículo 355 ord. 2º, o como verdadero hijo del padre que lo desconoce, según el artículo 406. En la cuestión de maternidad hay legítimo contradictor, y el fallo que en tales casos se pronuncie tiene efectos absolutos, por mandato del artículo 401, cuando se pretende probar que la madre legítima que vive no es tal madre, en ejercicio de las acciones consagradas en el título XVIII, de la maternidad. Ahora, aplicando la misma idea del artículo 403, de que legítimos contradictores son, en la cuestión de paternidad, el padre contra el hijo o viceversa, y en la cuestión de maternidad la madre contra el hijo o viceversa, se tiene entonces, por consecuencia, que los procesos se ventilan por personas que no son legítimos contradictores entre sí en varios casos de acciones expresamente reconocidas en el código, cuyo sentenciamiento, por lo tanto, apenas tiene fuerza relativa, vinculando solamente a las partes que han litigado en el pleito. Tales casos son los de los artículos 219, 220, 222 y 337 del C. C. Por estas disposiciones se puede ver cómo es de opuesto a la realidad el postulado jurisprudencial de que cuando se trata de obtener judicialmente una declaración o reconocimiento de paternidad, aún legítima, la acción está expresamente reservada en nuestra ley al hijo que la solicita, con audiencia del padre o de la madre que se opone, por cuya razón el artículo 401 consagra, no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación. Si eso fuese verdad existiría contradicción, como lo dice el Tribunal de Medellín en sentencia de 14 de julio de 1942, entre el artículo 403 y las disposiciones mencionadas en los títulos X y XVIII del Código Civil.

IIII — La prescripción del artículo 403, según el cual, "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", no debe entenderse en el sentido de que son inválidos los juicios seguidos entre personas que no sean las enumeradas en la primera parte del artículo, pues si así fuese quedarían sobrando en el Código Civil las acciones de impugnación de la paternidad y de desconocimiento de la maternidad que se otorgan después de muerto el padre o la madre e igualmente habría que dar por inexistente el artículo 406. El alcance de esa cláusula es muy fácil de determinar. Coopera principalmente la disposición en las disputas sobre maternidad. Fue consagrada en atención a esa clase de controversias de las cuales sin discutirse directamente sobre la paternidad, esta cuestión sin embargo, también está comprometida; como cuando viviendo el marido se discute la maternidad del hijo, pues si la mujer no es la verdadera madre, el marido no será tampoco el padre legítimo, y, al contrario, declarada la maternidad, el marido será el padre en virtud de la regla PATER IS EST... En estos casos debe intervenir forzosamente el marido en el juicio, claro que estando vivo, pues si está muerto no hay sujeto a quién hacer intervenir; además de que las respectivas acciones no están condicionadas a la vida del marido, pues vuelve a repetirse que si ello fuera así habría que borrar los Títulos X y XVIII del C. C. y el artículo 406. Por lo tanto, en cumplimiento del artículo 403, el padre, mientras viva, deberá intervenir FORZOSAMENTE en el juicio, so pena de nulidad: 1º Cuando algún interesado, distinto del padre, provoque contra el hijo la acción de impugnación de su legitimidad, por haber nacido después de expirados los 300 días subsiguientes a la declaración de nulidad del matrimonio, apoyado en el artículo 220. Fuera de este caso, no se ve posible la aplicación de la comentada regla del artículo 403, en las acciones de impugnación de paternidad. 2º Cuando la supuesta madre, pretendiendo probar la suplantación del hijo, se dirige contra el supuesto hijo para impugnar la maternidad, según el derecho consagrado en el artículo 355, inc. 1º; y 3º Cuando el hijo que pasa por legítimo de dos cónyuges determinados lo es de un matrimonio distinto, los verdade-

ros padres pueden seguir el juicio disputando la maternidad, según el inc. 2º ibidem. En este caso el juicio se seguirá, como es natural, contra la señalada madre supuesta; y por aplicación del artículo 403, al marido de ésta que será el supuesto padre, tiene que llamársele al juicio porque junto con la maternidad está comprometida también la cuestión de su paternidad. 4º Mientras vivan ambos padres supuestos, ninguno de sus presuntos herederos tiene acción para impugnar la maternidad, aunque tengan conocimiento del fraude. Pero si muere la madre, heredarían, por ejemplo sus hermanos, a no ser por la existencia del supuesto hijo, que les arrebata la herencia; por lo cual entonces pueden disputar los hermanos la maternidad, según el artículo 337, con el objeto de que aclarado que no ha habido tal hijo, recojan la herencia de la supuesta madre. Por aplicación del inciso 2º del artículo 403 aquí también tendría que hacerse intervenir al supuesto padre en el pleito, so pena de nulidad. Fuera de los anteriores puedèn presentarse otros casos, dada la complejidad y variedad de acciones sobre maternidad. Pero los enumerados sirven para poner de manifiesto el alcance de la regla, muy distinto del que hasta hoy le señala la jurisprudencia de la Corte, consistente en establecer que las acciones de reconocimiento de la paternidad no se pueden promover después de muerto el padre, ni siquiera contra los herederos de éste. Tampoco, como lo dijo algún Tribunal, la disposición es una repetición del artículo 216. Según la nueva idea de la Sala constituye una regla de alcances propios y especiales, siendo, además, armónicos dentro de la institución del legítimo contradictor definida en la ley.

IV — El ámbito de acción de los artículos 401, 403 y 404 en la ley 45 de 1936 debe ser todo el que le corresponde a la noción examinada. El legislador de 1936 tomó la institución del legítimo contradictor y la incrustó en las acciones sobre la investigación de la paternidad natural con las acomodaciones inherentes a la naturaleza del nuevo derecho. Aplicación lógica y natural de dicha institución dentro del estatuto de filiación natural es que si el juicio de declaración de la paternidad natural se sigue con el pretendido padre, la sentencia que se dicte obliga a todos, en fuerza de sus efectos ERGA OMNES. Lo que no ocurrirá cuando la declaración de paternidad se demande después de muerto el padre, contra sus herederos, porque entonces la sentencia que se dicte, no habiéndolo sido con audiencia del legítimo contradictor, tiene los efectos comunes de la cosa juzgada, de crear vinculaciones obligatorias limitadas a los litigantes. Consecuencia de esto es que si el juicio se sigue con el padre, la sentencia que se dicte obliga a todos, en fuerza de sus efectos ERGA OMNES.

V — Según el artículo 406 nada podrá oponerse a quien se presente como verdadero hijo legítimo del padre o madre que lo desconoce. La acción es imprescriptible. Es una regla de derecho universal, enunciada en el artículo 328 del C. C. francés.

VI — Complementada la acción de declaración de la paternidad natural con la institución del legítimo contradictor, aplicable por mandato del art. 7º de la ley 45 de 1936, a los fallos que les pongan término a las investigaciones de esa paternidad, se concluye que demandando el pretendido padre en vida, la sentencia dictada con audiencia del legítimo contradictor tiene efectos contra todos, aúncuando el padre muera durante el juicio, pues en tal caso, citados todos los herederos, opera el artículo 404. Si muerto el padre se inicia la acción la sentencia que sobrevenga, por no haber sido dictada con audiencia del legítimo contradictor, limita su imperio a las partes contendientes. En consecuencia, muerto el padre, subsiste el derecho del hijo a obtener la declaración judicial de su filiación, pues la voluntad del padre en nada afecta la vigencia de ese derecho, comoquiera que el reconocimiento depende de un hecho independiente de esa voluntad.

VII — En la prueba de la paternidad natural no siendo posible acreditarla por medios directos, la ley recurre a presunciones. Entonces la verdad judicial de éstas debe imponerse a la conciencia del Juez espontáneamente, sin dificultades.

VIII — EN RESUMEN: a) Los artículos 401 a 404 del C. C. establecen legislativamente el sistema de los legítimos contradictores, cuyo objeto es proveer, en algunos casos de esas acciones, excepciones a la regla general de derecho positivo sobre el al-

cance relativo de las sentencias judiciales. b) Sobre este alcance de los artículos mencionados nunca hubo la menor duda en la doctrina de todos los comentadores del Código de Chile y del colombiano, tanto antiguos como modernos, estatucs en que son idénticas dichas disposiciones. c) Los antecedentes del inciso 2º del artículo 317 del Código de Chile, correspondiente al 403 del colombiano y el modo armónico como se hace patente que debe operar ese mandato en las acciones de filiación, especialmente en materia de disputas sobre la maternidad acreditan incontrovertiblemente que cuando el inciso dispone que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", lejos está de significar que con el deceso del padre muere la acción del hijo para reclamar su filiación, o la acción del padre o de la madre para discutir su calidad de tales, pues si se le diera ese significado se derrumbaría toda la estructura legal de las diferentes acciones de filiación, tan científicamente ordenadas en el Código Civil. d) De consiguiente, incrustada la noción de legítimo contradictor en las acciones sobre declaración de la filiación natural creadas en la ley 45 de 1936, es forzoso aplicarla en ese nuevo campo con el mismo sentido que posee en las acciones de filiación legítima, que como se ha visto, no es de privar al hijo del derecho de reclamar su verdadero estado por la muerte del padre, sino el de diferenciar los casos en que la sentencia tiene efectos ERGA OMNES de los en que tan sólo tiene efectos relativos. e) En la ley 45 de 1936 se prescindió expresamente de establecer términos especiales de prescripción para la acción de declaración de la filiación natural. Sobre el particular conviene una reforma legislativa que establezca un término corto y perentorio a título de caducidad, a partir de la muerte del padre, en que la acción sea aceptable contra sus herederos. f) Aceptado como está de modo unánime, inclusive por las anteriores sentencias de la Sala que la ley 45 de 1936 responde a elevados requerimientos de justicia social, la misma justicia exige todavía con mayor apremio, que la muerte del padre no prive de la acción al hijo contra sus herederos. g) Como el artículo 4º de la ley 45 de 1936 crea una acción excepcional de investigación de la paternidad natural, basada en hechos que exigen una previa calificación judicial en sentencia a que haya precedido el más amplio debate contradictorio entre el hijo y el pretendido padre y sus herederos, es gravemente equivocado sostener que tal calificación pueda intentarse por vía sumaria, por ejemplo, en el juicio de sucesión. h) Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investigación de la paternidad natural se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos, especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial. i) Por último, igualmente es conveniente que respecto de las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936 ésta se reforme en el sentido de requerir como necesario para dar por probadas esas causales un principio de prueba por escrito, emanado del pretendido padre, que haga verosímil el hecho litigioso. La comprobación de esos estados no debe dejarse a merced meramente de la prueba testimonial, peligrosa por los abusos que con ella se cometen. Cuando entre el presunto padre y la madre han existido de manera notoria relaciones sexuales estables (numeral 4º), o cuando el hijo alega la posesión notoria para obtener la calificación de su filiación natural (ord. 5º), es natural y obvio que exista prueba literal directa o indirecta dimanada del padre, de donde se deduzcan aquellas relaciones o se infiera la aceptación de la paternidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre primero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Acogiéndose a los preceptos pertinentes de la ley 45 de 1936, sobre filiación natural, Otilia Medina, mujer soltera y mayor de edad, promovió demanda civil ordinaria encaminada a que se le declare heredera en la sucesión del doctor Antonio Camacho Ruiz, de profesión médico, muerto siendo soltero el 21 de octubre de 1941, en Cosquín, provincia de Córdoba, república Argentina, y de quien ella asegura que es hija natural habida en la señora Araceli Medina. Señaló como de-

mandada a la señora Inés Camacho de Montejo, quien en aquella sucesión fue declarada heredera del causante en su condición de hermana legítima, según auto pronunciado por el señor juez 2º civil del circuito de Bogotá el 18 de abril de 1942.

La demandada, aceptando que tiene el título de heredera de su hermano Antonio Camacho, y que con ese carácter ocupa los bienes de la sucesión, opúsose a la acción incoada alegando que "Al tenor de la jurisprudencia sentada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, ampliamente conocida en los estrados judiciales, interpretativa de la ley 45 de 1936, el único y legítimo contradictor en los juicios sobre investigación de la paternidad natural, es el presunto padre; de manera que muerto éste, los presuntos hijos pierden el derecho a ejercer la acción referida, porque como se deja dicho, el único que puede ser demandado y recibir la notificación de la demanda es el presunto padre".

El juez de primera instancia, sexto civil del circuito de Bogotá, falló la litis en conformidad con esta alegación. En consecuencia declaró probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada, debido a que la acción está extinguida por la muerte del presunto padre.

El tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, a donde subió en apelación la sentencia del juez, la confirmó. En sintético razonamiento dijo: "Funda (la demandante) el pedimento en las disposiciones de la ley 45 de 1936. Pero de acuerdo con este estatuto legal, y, según la jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema de Justicia, debe entenderse que muerto el padre también muere la acción. En el presente caso la acción se instauró muerto el padre; por lo cual sin necesidad de más motivación, debe confirmarse la sentencia recurrida por cuanto ella declara probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada y, en consecuencia, se absuelve de los cargos hechos en la demanda".

La demandante por medio de su apoderado interpuso el recurso de casación ante la Corte. Sustanciado, está para decidir.

Invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y en desarrollo de ella formula contra la sentencia el cargo de aplicación indebida é interpretación errónea, y por ende violación directa de los artículos 401 a 404 del Código Civil y 1º, 4º, 5º, 6º, 7o. y 12 de la ley 45 de 1936.

La formulación del cargo tiende, pues, a obtener una reconsideración por parte de esta misma Sala de la interpretación que ella le ha dado en numerosos fallos, a partir del conocido, de 26 de abril de 1940, a los preceptos mencionados. Siendo así, es interesante verificar un nuevo análisis de aquellas disposiciones, pues el actual personal de la Sala de Casación no comparte las conclusiones que sobre el particular ésta había venido sosteniendo.

La tesis jurisprudencial prevaleciente hasta hoy está fielmente condensada en el siguiente pasaje final de la sentencia del 26 de abril: "El acceso a la vida legal, cuando se trata de obtener judicialmente una declaración o reconocimiento de paternidad, sea legítima o ilegítima, está expresamente reservado en nuestra legislación civil al hijo que la solicita, con audiencia del padre o madre que se opone. Si no va enderezada contra éstos directamente, y los tales no han sido notificados de la demanda o comparecido antes de fallecer, tal acción no puede prosperar, porque una decisión contraria equivaldría a desconocer lo consagrado de manera terminante por los artículos 403 a 404 del Código Civil que vienen a tener plena aplicación y procedencia en juicios de filiación natural, por mandato del artículo 7º de la ley 45 de 1936". (Gaceta Judicial, tomo XLIX pág. 263, columna 1ª).

Luego, en sentencia del 30 de junio de 1941, la Sala reiteró la doctrina anterior, que siguió aplicando sistemáticamente, diciendo en cardinal pasaje: "Lógicamente concluye la Corte que el artículo 401 consagra, no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación; de manera que la regla pragmática del artículo 17 del Código Civil no es aplicable a los procesos sobre filiación legítima o ilegítima, porque el legislador colombiano así lo ha querido al consagrar la regla de excepción del artículo 401, que atribuye efectos absolutos a esa clase de fallos". (Gaceta Judicial, tomo 51, pág. 627, columna 2ª).

Aun cuando la precedente doctrina es profundamente respetable y tiene toda la autoridad que le confieren su alto origen y las pulcras y diamantinas inteligencias que se aunaron para elaborarla tras dilatado examen y vigorosa convicción, hoy la Corte, con la misma pero opuesta certidumbre, a la cual están vinculados, desde la sentencia de 26 de abril de 1940, dos de los magistrados que suscriben el presente trabajo, quienes entonces tuvieron la oportunidad de salvar en ella sus

votos, llega a distinta solución jurisprudencial, conducida por apreciaciones que encuentra o considera de imposible subestimación, según tendrá ocasión de comprobarse en los capítulos siguientes:

CAPITULO I

Efectos de las sentencias sobre filiación.—Los artículos 401 a 404 del Código Civil.

Considera hoy la Corte que el alcance de estas disposiciones dentro del Código Civil débese buscar en relación con los textos del mismo Código que les sirven de antecedente necesario con el fin de hacer una interpretación coordinada, que no deje sin sentido ni armonía muchas nociones técnicas que son básicas de la institución en que aquellos ordenamientos culminan. Las instituciones jurídicas de una codificación corresponden a una concepción de conjunto, y por consiguiente, la interpretación aislada y autónoma que se adelante de sus diversos componentes, las arruina en su espíritu y aún en su letra. El principio postulado en los artículos 401 y 403, citados, es apenas un desarrollo que hunde sus raíces en el campo de todas las acciones sobre reconocimiento de la filiación; y es allí donde encuentran su razón de ser y la oportunidad de sus aplicaciones. Por ende el método de desarticular esas regulaciones de sus naturales concordantes tiene que conducir a soluciones falsas y opuestas a las genuinas ideas que ellas encarnan.

—1º—

El artículo 17 del Código Civil establece el alcance de lo que en la teoría del derecho se denomina la **cosa juzgada.** Es decir, el efecto de las sentencias judiciales pronunciadas en un litigio en que se decide sobre la pretensión intentada por una persona contra otra para que se declare un derecho o una obligación. Esta disposicón, que consagra un principio de aplicación general, enseña que las sentencias sólo tienen fuerza obligatoria en las causas en que fueron pronunciadas. El artículo 473 del Código Judicial determina los elementos o requisitos esenciales que han de intervenir en la configuración procesal de la cosa juzgada.

Viendo el origen del artículo 17 se comprende su importancia en la legislación. Es a modo de gran pilar de la arquitectura con que se concibió el Código Civil, porque recoge uno de los conceptos filosóficos fundamentales del movimiento jurídico que culminó en Francia con la expedición de la legislación Napoleónica. Antes de la gran Revolución existían en Francia tribunales judiciales que en sus sentencias anunciaban que en lo futuro fallarían de la misma manera los casos semejantes, de modo que para los jueces inferiores era obligatorio conformar sus sentencias a las disposiciones generales y reglamentarias de aquellos tribunales. Eran las llamadas sentencias de reglamento (Arrets de reglement). Reaccionando contra este sistema antirepublicano, el código de Napoleón consagró en el artículo 5º una disposición de la cual es copia casi literal el artículo 17 de nuestro código civil. En Francia quedaron así prohibidas las llamadas sentencias de reglamento, y establecida en el mismo artículo y en el 1351 que lo complementa, la teoría jurídica del efecto relativo de las sentencias, en oposición al efecto absoluto, desprendida de las doctrinas políticas que proclamaron el principio de la separación de los poderes públicos, según el cual el judicial debe carecer de facultades legislativas.

La cosa juzgada, según las disposiciones citadas, 5ª y 1351 en Francia, y 17 y 473 en Colombia, no se produce sino entre las partes que han ventilado el pleito. A los extraños la sentencia no les obliga. Los fallos judiciales tienen así efectos solamente relativos. Y para que se rompa esta regla general, que como se ha visto constituye una directriz de jerárquica categoría, o un principio normativo de superior imperio en el derecho privado positivo, y haya casos en que la sentencia produzca efectos absolutos, contra todos, inclusive contra los que no han sido partes en el pleito, la ley tiene que señalar de manera expresa esos casos.

Los artículos 401, 402 y 403, que no pueden tomarse aisladamente unos de otros, sino constituyendo todos entre sí una sola regla armónica, configuran una excepción al artículo 17, o autorizan de manera expresa, que los fallos a que la primera disposición se refiere, condicionados por las otras dos, tengan efectos generales absolutos.

El artículo 401, complementado por el 402 y 403 comprende claramente dos especies de juicios: 1º aquellos en que se controvierte la filiación legítima, provenientes de las acciones de impugnación, o de reclamación de la paternidad legítima, consagradas en el capítulo 1º, título 10 del libro 1º del código, en los artículos 237 y 52 de la ley 153 de 1887, correspondientes al título 11 del mismo libro y en el artículo 406; y 2º las controver-

sias sobre maternidad, provenientes de las acciones sobre impugnación o reclamación de la maternidad, contemplada en los artículos 335 a 338, integrantes del título 18, ibidem y en el mismo artículo 406. Mas no en todas las acciones referidas, la sentencia que las defina se reviste de efectos absolutos, sino aquellas colocadas dentro del artículo 402, una de cuyas condiciones establece que se hayan dictado con audiencia de legítimo contradictor.

—2º—

Quiénes son legítimos contradictores en las acciones de filiación

Según el derecho romano la sentencia expedida a causa de la impugnación de la paternidad sobre la reclamación del marido de no ser suyo el hijo que la mujer lleva en su seno al disolverse el matrimonio es ley para la familia de ambos (**In omnibus causis; quare et fratribus suis consanguineus erit**), y de esa sentencia dependía para todos los efectos y entre todas las partes, el estado del hijo que naciera después; de manera que éste sería o no, según lo que el juez decidiera, con audiencia del supuesto padre, no solamente hijo de éste, sino también hermano de los otros hijos, tío de sus nietos, y sobrino o primo de sus parientes colaterales.

Algo semejante disponía el derecho español según la ley de partidas: "...Otro si dezimos, que si alguno se razona por fijo de otro, si juyzio fuere dado contra el padre en esta razón, diziendo el judgador en su sentencia, que es fijo de aquel que non lo quiere conocer por fijo; tal juyzio como este empescera al padre, o a todos sus parientes, en razón de los bienes que podría heredar por el parentesco, magüer non se acertassen y cuando fue dado el juyzio, si non el padre tan solamente. Esso mismo dezimos, que si el fijo desconociese al padre, negando que non era su fijo; ca el juyzio que fuese dado contra él en esta razón, non tan solamente empescería a él mas aun a todos los otros sus parientes que lo quissiessen contradezir..."

La doctrina Francesa apoyada en el artículo 317 del Código de Napoleón deduce la regla, de aceptación general entre comentadores y jueces, que cuando se trata de establecer la ilegitimidad de un hijo, nacido de mujer casada en condiciones que dan lugar a la presunción **Pater is est quem nupciae demonstrant,** el derecho de obrar corresponde exclusivamente al marido. (Don Andrés Bello consagró en el Código de Chile, artículo 182, expresamente la misma regla; y en el colombiano aparece reproducida bajo el número 216).

De consiguiente, según la teoría legal francesa como sólo al padre, mientras vive pertenece la acción de desconocimento de la legitimidad del hijo, y a sus herederos en el caso previsto en el citado artículo 317, ejercitada la acción por el padre, la sentencia que se obtenga fija contra todos el estado del hijo, como legítimo o ilegítimo. Algo parecido a las reglas indicadas de los derechos romano y español.

Pero fuera del caso anterior la doctrina francesa decide unánimemente que la sentencia pronunciada en procesos sobre filiación carece de efectos absolutos, por aplicación de los artículos 5º y 1.351 que establecen la **relatividad de la cosa juzgada,** esto es que la sentencia sólo obliga a las partes entre quienes se ha pronunciado; que es lo que ocurre cuando la acción se ejercita por los herederos del padre.

A primera vista esta solución parece de resultados prácticos desconcertantes. Un hijo por ejemplo, cuyo padre ha muerto ejercita la acción de reclamación de estado de hijo legítimo contra uno de los herederos de su pretendida madre, muerta también, pero omite demandar a los demás herederos. Vence en el pleito. El heredero vencido tendrá que entregarle al hijo la parte de la herencia que había recogido de la madre. No así los demás herederos, a quienes, por no haber sido demandados, no obliga la sentencia, y ante quienes, por no haber sido demandados el hijo continúe siendo ilegítimo. Otro caso: supóngase que una acción de denegación de la paternidad se dirige contra el hijo por uno solo de los herederos del marido. Si la demanda prospera, el hijo denegado será adulterino respecto del heredero que ha demandado y considerado legítimo respecto de los herederos que no intervinieron en el juicio. No obstante estos resultados contradictorios, considerados por los tratadistas y los tribunales, la doctrina y la jurisprudencia francesas se inclinan siempre por sostener que aún en esos casos no se puede hacer excepción a los efectos relativos del fallo. Por consiguiente, la sentencia que atribuye un estado determinado a una persona sólo tiene valor con relación a aquellos que han sido sus adversarios en el pleito. Aquí también se impone la regla romana: **Res judicata inter alios aliis nequer nocere neque prodesse potest.**

La tesis anterior surgió en Francia desde los primeros momentos de la vigencia del Código de Na-

poleón, Malevillo, Merlín, Proudhon, Tullier, Chabot de l'Allier, Duranton, etc., que iniciaron la pléyade de los grandes comentadores del código francés, no la pusieron en duda. Sin embargo, no obstante la aceptación general de tal tesis, surgieron también desde el principio varias teorías tendientes a moderar el alcance de la doctrina. Una de ellas, la más seria e importante se fundaba en la llamada noción de los **contradictores legítimos,** que embargó por mucho tiempo la mente de los juristas. Consiste, según sus autores, entre los cuales d'Argentre fue su más extenso propugnador, en que, si en principio la relatividad de la cosa juzgada debe aplicarse lo mismo en materia de filiación que en otra cualquiera, deberá hacerse excepción cuando la instancia referente a la filiación de determinada persona, háse perseguido por o contra el **contradictor legítimo,** es decir, contra el principal interesado, por ejemplo, el pretendido padre o la pretendida madre, porque se reputa que éstos han representado a los demás interesados; pero que si el juicio no se sigue contra el legítimo contradictor se impone la regla de la relatividad de la cosa juzgada.

Esta teoría acerca del **contradictor legítimo** en acciones sobre el estado civil se tachó de oscura y deficiente; y sus autores jamás pudieron ponerse de acuerdo acerca de la persona que pudiera representar a los demás en el pleito con el objeto de que la sentencia que se profiera en un litigio tenga alcances absolutos, **erga omnes.**

Semejantes dificultades condujeron a que en Francia se abandonase la teoría y el principio que con ella se trató de robustecer, de la autoridad absoluta de las sentencias sobre reclamación de estado, cuando ha intervenido en el juicio un legítimo contradictor. Y es así como desde Duranton, Troplong, Demolombe, Mourlon, Beaudry, Lacantinerie, Laurent y demás campeones de la Exégesis, pasando luego por Aubry y Rau, quienes por medio de sus construcciones jurídicas del método dogmático tan honda huella dejaron en la ciencia, al punto que su obra **Cours de Droit Civil Francais,** debe considerarse, según la calificación de Bonnecase "como la expresión más perfecta del pensamiento en el siglo XIX sobre la ciencia del Derecho Civil"; hasta llegar a los contemporáneos y maestros de la escuela científica, Josserand, Demogue, Bonnecase, Planiol, Ripert, Lerebours-Pigeonniere, etc., todos a una, reconociendo que la tesis adolece de serios inconvenientes, defienden la doctrina de la relatividad de los fallos en materia de acciones de estado civil, pues a esos inconvenientes se oponen otros más graves de índole institucional y legal, si que también de orden moral, derivados de la doctrina contraria.

Don Andrés Bello dándose cuenta de aquellos inconvenientes quiso que en el código de Chile se adoptara un sistema más restringido que el sistema de la teoría legal francesa. Al efecto redactó los artículos 315 a 320 de aquel estatuto, preceptos que corresponden exactamente a los artículos 401 a 406 del código colombiano.

En esas disposiciones don Andrés Bello reglamentó expresamente el alcance de las sentencias dictadas en las acciones sobre paternidad legítima y maternidad disputada, para lo cual valióse del discutido concepto del **legítimo contradictor,** pero precisándolo por medio de la determinación en la misma ley de las personas que en cada caso tienen ese carácter.

De manera que en Chile como en Colombia la teoría del **legítimo contradictor,** que en Francia no pasó de ser mera tesis abandonada de controversia, consagróse en la ley con el fin de formular una derogación particular y también limitada al principio de derecho común sobre relatividad de la cosa juzgada.

Según los artículos 315 a 317 del código de Chile (artículos 401 a 403 del de Colombia), la estructura esencial del sistema sobre la cosa juzgada en materia de fallos de filiación legítima y maternidad, está comprendido en las siguientes reglas que forman un todo armónico e inseparable:

Las sentencias expedidas en los juicios de estado sobre filiación legítima y sobre maternidad surten efectos contra todos siempre que reúnan los siguientes requisitos:

a) Que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada;

b) Que esta sentencia se haya pronunciado con audiencia de legítimo contradictor; siendo legítimos contradictores; en la cuestión de paternidad, el padre contra el hijo o el hijo contra el padre; y en la cuestión de maternidad, la madre contra el hijo o el hijo contra la madre; y

c) Que no haya habido colusión en el juicio.

Cuando alguno de los tres requisitos anteriores falta, la sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada sino entre las partes que han litigado. Rige entonces la regla de la relatividad de los fallos.

Tras la breve explicación que requiere el primer requisito, la Sala entrará a ocuparse del segundo que es el fundamental, y por cuya ausencia de análisis en conexión con la teoría legal del código acerca de las diferentes acciones sobre fi-

liación legítima y maternidad, para las cuales fue dada la noción del legítimo contradictor y en donde ella tiene aplicación exacta, han sido en los últimos tiempos erróneamente interpretados en Colombia los artículos 401 a 403, dándoles significación diametralmente opuesta a la idea que encarnan, sobre la cual siempre estuvieron acordes, sin ninguna excepción, los comentadores chilenos y colombianos.

Primer requisito

La enunciación de este requisito, que algunos consideran inútil, no es tanto sin embargo. Era necesario que se acentuase la condición de que el fallo "haya pasado en autoridad de cosa juzgada", con el objeto de prevenir el que semejante autoridad vaya a darse a sentencias obtenidas en procedimientos sumarios o especiales, pues tratándose de dilucidar cuestiones tan delicadas como las que entrañan discusiones sobre la paternidad o maternidad de un hijo, la mejor garantía de acierto en la investigación está en el amplio procedimiento del juicio ordinario con todos sus términos y recursos, y es sólo dentro de ese juicio donde cabe ventilar las referidas cuestiones.

Segundo requisito

Establece la necesidad de que la sentencia se haya pronunciado con audiencia del legítimo contradictor. El artículo 317 del código de Chile, igual al 403 del colombiano, desarrolla la idea del legítimo contradictor, enunciada en el numeral 2º del artículo 402, diciendo que en "la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo".

De consiguiente, aplicando la idea transcrita del artículo 403 a las acciones de impugnación de la paternidad legítima y de la maternidad, tiénese entonces que controviértese la paternidad legítima con legítimo contradictor, y el fallo que en tales juicios se pronuncie tiene efectos absolutos, contra todos, en los siguientes casos:

1º Cuando conforme a los artículos 214, 215 y 237 del Código Civil y 5º y 6º de la ley 95 de 1890, el marido impugna la legitimidad del hijo, bien porque estuvo en absoluta imposiblidad física de tener acceso a la mujer en todo el tiempo en que debió efectuarse la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, o bien por el adulterio de la mujer, según los casos o circunstancias contemplados en las cuatro últimas disposiciones al principio citadas.

En estos casos el marido **mientras vive,** por regla general, es el único dueño de la acción de impugnación, según el artículo 216. De manera que dirigiéndola contra el hijo, se cumple el requisito de la legítima contradicción entre el padre y el hijo; y la sentencia que la defina obliga a todos, inclusive a la madre, que citada al juicio, de acuerdo con el aparte segundo del artículo 223, no hubiere comparecido. Y se dijo que por regla general mientras el marido vive es el único dueño de la acción de impugnación de la paternidad, porque de acuerdo con lo que adelante va a verse, hay casos en que pueden ejercitar la misma acción personas distintas del marido, aun en vida de éste, según el artículo 220.

2º Cuando alguno se presenta y promueve pleito como verdadero padre de la persona que pasa por hijo legítimo de otro, según el artículo 335, ordinal 2º, o como verdadero hijo del padre que lo desconoce, según el artículo 406.

En el primer caso puede haber dos pretensos padres enfrentados en el pleito, alegando cada uno ser el verdadero. Entonces si se hubiere demandado también al hijo, o el hijo ha intervenido en el pleito, la sentencia tiene efectos absolutos, contra todos, porque se ha pronunciado entre legítimos contradictores. Pero puede suceder que el hijo ya no exista, por lo cual haya que demandar en el juicio a sus descendientes. ¿Serán éstos legítimos contradictores? No. Y no siéndolo y no habiendo trabado la disputa con la audiencia personal del hijo, la sentencia, aunque válida, sólo tiene efectos relativos.

En la cuestión de maternidad hay legítimo contradictor, y el fallo que en tales casos se pronuncie tiene efectos absolutos, por mandato del artículo 401 cuando se pretende probar que la madre legítima que vive no es tal madre, en ejercicio de las siguientes acciones consagradas en título 18, DE LA MATERNIDAD.

1º Si el marido de la supuesta madre tiene conocimiento cierto de que el hijo que ha creído suyo no es de su mujer, porque ésta fingió un parto, o cometió una suplantación reemplazando al nacer el hijo verdadero por otro, la ley (artículo 335, ordinal 1º), le otorga el derecho de discutir judicialmente el punto. Y al discutirlo con audiencia del hijo y de la madre, el juicio se traba entre legítimos contradictores.

2º La madre legítima también puede descorrer el velo de una falsa maternidad acudiendo al jui-

cio correspondiente contra el responsable de la suplantación (ordinal 1º ibidem), en el cual si el hijo es demandado se cumpliría el requisito de la legítima contradicción entre la madre y el hijo, teniendo entonces la sentencia efectos absolutos.

3º Puede suceder que siendo ilegítimo el hijo haya servido para simular un parto o suplantar al verdadero hijo que hubiere, por ejemplo, fallecido. En este evento la verdadera madre aunque sea legítima tiene el derecho de impugnar la maternidad legítima de acuerdo con el ordinal 3º del mismo artículo 335. Dirigida la acción contra el hijo y la supuesta madre, el fallo que sobrevenga se produce entre legítimos contradictores, por aplicación del concepto contenido en la primera parte del artículo 403.

Ahora, aplicando la misma idea del artículo 403, de que legítimos contradictores son en la cuestión de paternidad, el padre contra el hijo o viceversa, y en la cuestión de maternidad la madre contra el hijo o viceversa; se tiene entonces por consecuencia, que los procesos se ventilan con personas que no son legítimos contradictores entre sí en los siguientes casos, entre otros, de acciones expresamente reconocidas en el código cuyo sentenciamiento por lo tanto apenas tiene fuerza relativa, vinculando solamente a las partes que han litigado en el pleito.

Vióse ya que de acuerdo con el artículo 216 mientras viva el marido nadie fuera de él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido en el matrimonio, regla a la cual hace una excepción el artículo 220 que concede la misma acción "a cualquiera que tenga interés actual en ello" cuando los cónyuges se separan por declaración de nulidad del matrimonio.

Y muerto el marido la ley le da entrada a otras personas para reclamar contra dicha legitimidad:

a). En primer lugar, si el marido muere antes de vencerse el plazo que tenía para reclamar contra la legitimidad, este derecho se desplaza a sus herederos y en general a toda persona a quien la pretendida legitimidad irrogue perjuicio actual, según lo dispuesto en el artículo 219.

En este evento la acción no se ventila entre legítimos contradictores, porque falta la condición de que sea del padre contra el hijo. Sin embargo, la acción no sólo existe a favor de los herederos sino en general de toda persona a quien la pretendida legitimidad irrogue perjuicio actual. Es decir, es una acción de estado, fundada en mero interés patrimonial. Y la sentencia que se dicte en esos casos, como no es entre legítimos contradictores, se somete a las reglas generales sobre el alcance de la cosa juzgada.

b) Basta un simple interés actual, es decir, un interés puramente material, para que pueda pedirse la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio o la declaratoria de nulidad del mismo, de acuerdo con el artículo 220.

Como disuelto el matrimonio por muerte del marido la acción de impugnación se concede a quien demuestre un simple interés actual, aun cuando no sea heredero, la sentencia que al respecto se pronuncie no es entre legítimos contradictores, pues ha faltado la condición de que sea entre el padre y el hijo.

c) Los ascendientes legítimos del marido tienen el derecho de provocar el juicio de ilegitimidad, aunque no tengan parte en la sucesión del marido, según el artículo 222.

Esta acción que a diferencia de las anteriores está concebida en atención a un interés puramente moral, tampoco puede definirse entre legítimos contradictores, de manera que el fallo que se pronuncie tendrá apenas efectos relativos.

d) Pudiendo ser impugnada la maternidad por "toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato, de los supuestos padre y madre" (artículo 337), la sentencia que se pronuncie en el juicio seguido por aquellas personas y el supuesto hijo, aún con citación del padre, si vive, como no es entre madre e hijo, en la cuestión de maternidad, cae bajo la regla general de la relatividad de los fallos.

e) La persona que se presenta en acción de reclamación de estado de hijo legítimo, contra los herederos del padre o madre que lo ha desconocido, según el artículo 406, alcanza una sentencia de efectos relativos, pues el pleito no se ha ventilado contra el padre o la madre. La acción se ha debatido con los herederos.

—3º—

Se ha necesitado del anterior examen de disposiciones, con el objeto de palpar cómo es de opuesto a la realidad legal el postulado jurisprudencial de que cuando se trata de obtener judicialmente una declaración o reconocimiento de paternidad, aún legítima, la acción está expresamente reservada en nuestra ley al hijo que la solicita, con audiencia del padre o madre que se

opone, por cuya razón el artículo 401 consagra no la teoría del legítimo contradictor sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación.

De ser exacto ese postulado, querría decir, como expresólo el Tribunal de Medellín en sentencia de 14 de julio de 1942 (Apéndice de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, compilada por el doctor Germán Orozco Ochoa, magistrado de aquel Tribunal) que existiría manifiesta e inexplicable desarmonía entre el artículo 403 y las disposiciones mencionadas de los títulos 10 y 18 del código civil, pues al paso que éstas autorizan la acción de impugnación de la filiación legítima en favor de los herederos y ascendientes del padre o madre, y aún de toda persona que tenga un interés actual, el artículo 403 la desautoriza y niega, reservándola únicamente al, padre o madre.

Por lo demás el alcance que aquí se le ha señalado a los artículos 401 a 403, iguales a los artículos 315 a 317 del código de Chile, como iguales son en los dos códigos las disposiciones referentes a la organización de las acciones de filiación que se dejaron examinadas, en nada difiere de la doctrina de todos los autores chilenos y colombianos, así antiguos y contemporáneos, quienes nunca han pensado que la regulación especial dada en aquellas disposiciones a la noción del legítimo contradictor en las acciones de estado, equivalga a que el padre o la madre sean los únicos interesados que tienen poder para suscitar o sostener controversias sobre cuestiones de paternidad o maternidad, y que la muerte de ellos acarrea la de la acción.

Bastante citada es ya la opinión de don Fernando Vélez, quien al resumir su pensamiento se apoya en el de los chilenos Vera, Cood y Fabres: "De acuerdo con el artículo 403, sólo son legítimos contradictores el padre, la madre y el hijo. Sin embargo, de esto no debe deducirse que no haya otras personas a quienes la ley permita impugnar la paternidad o la maternidad, puesto que los artículos 220, 222 y 237 conceden este derecho a terceros interesados o a los ascendientes legítimos del marido en el caso de paternidad. La diferencia en el asunto consiste en que cuando el juicio de filiación es entre legítimos contradictores, el fallo que se dicte es obligatorio para todos, mientras que en los demás casos el fallo sólo surte efectos respecto de los que litigaron, según el artículo 216, mientras viva el marido sólo el padre podrá impugnar la ilegitimidad de un hijo de su mujer, concebido durante el matrimonio. En estos casos, si la impugna contra el hijo, esto es, si dirige el juicio contra éste, para que se declare su ilegitimidad, el fallo, que se dicte, siendo entre legítimos contradictores, surtirá los efectos del artículo 401. En el mismo caso, si el marido en juicio contra tercera persona, sostiene la ilegitimidad del hijo para librarse, por ejemplo, de una obligación, el fallo que se dicte no producirá aquellos efectos, porque esa tercera persona no es legítimo contradictor". (Derechó Civil Colombiano, tomo 2º, pág. 29).

El comentador del código de Chile, Luis F. Borja enseña:

"Hemos distinguido los casos en que interviene contradictor legítimo de aquellos en que no hay tal contradictor; porque de ello se deduce la consecuencia importante de que en los primeros la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada respecto de todos; más en los segundos se sujeta a la regla general, esto es, no aprovecha ni perjudica sino a las partes.

"Vemos pues, que el artículo 317 (del código chileno) no sólo determina el contradictor legítimo, sino que establece excepciones a la regla que, atendiéndose exclusivamente al artículo 315, se presenta como absoluta; toda sentencia que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo o la maternidad que se impugna, pasa en autoridad de cosa juzgada respecto de todos", (Estudios sobre el Código Civil Chileno, por Luis F. Borja, tomo V, pág. 254).

Champeau y Uribe dicen:

"Además, para que los fallos sobre legitimidad y filiación de que se trata en el artículo 401 produzca los efectos de que en él se habla es necesario que concurran las circunstancias enumeradas en el artículo 402". (Tratado de Derecho Civil colombiano, por Champeau y Uribe, Nº 690).

Alfredo Barros Errazuris dice:

"El inciso 2º del artículo 3º del código civil (chileno) establece la regla general sobre el valor de las sentencias y dispone que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronuncien". Según ésta regla el fallo pronunciado en un asunto litigioso termina definitivamente la cuestión entre las personas que en él fueron partes; pero no obsta a que otra persona que no haya intervenido en ese juicio contienda sobre el mismo objeto.

"Esta regla sufre excepción respecto de los fallos judiciales que se pronuncian sobre legitimidad del hijo o sobre una maternidad que se im-

pugna, los cuales tienen valor no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

"Esta excepción se funda en la necesidad de mantener la integridad e indivisibilidad de los estados civiles a que ella se refiere, la cual no podría conservarse si después de pronunciado un fallo judicial en un sentido, pudiera pronunciarse otro en sentido opuesto.

"Pero, para que estos fallos produzcan el efecto dicho, se exigen ciertos requisitos, que son: (enumera los del artículo 316 del código de Chile).

"Esta disposición (se refiere luego al artículo 320, que es el 406 de nuestro código) prevé el caso posible de que se haya pronunciado un fallo judicial que declare como verdadero padre o madre a quien no lo sea en realidad; y para que ella tenga lugar no importa que el fallo se haya dictado entre legítimos contradictores, porque necesariamente ese es el caso de aplicación de este artículo, pues si no se hubiera pronunciado entre legítimos contradictores, según las reglas generales, el fallo dado en esas condiciones no sería inconveniente para que se entablara un nuevo juicio y resultaría innecesaria la disposición que mentamos". (Curso de Derecho Civil por Alfredo Barros Errazuris, tomo págs.).

Luis Claro Solar, otro moderno y autorizado comentador del código de Chile, resume así su pensamiento sobre la cuestión: "Para que el fallo judicial no sólo valga respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, **erga omnes** es necesario que el juicio se haya seguido entre estas personas; (se refiere al padre y al hijo en cuestión de paternidad y a madre e hijo en cuestión de maternidad); ellos son los únicos legítimos contradictores; seguido entre personas que no son recíprocamente contradictores legítimos los unos contra los otros, el fallo judicial producirá cosa juzgada únicamente con respecto a los que han intervenido en el juicio". (Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado, número 1.986).

Por último, aún el mismo doctor Eduardo Rodríguez Piñeres había sostenido idéntica teoría en su obra CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO, tomo II, número 420: "**El legítimo contradictor.** En el viejo derecho francés se sentó la tesis de que los fallos proferidos sobre el estado civil de las personas perjudicarían y aprovecharían a todos, siempre que hubieran sido dados con intervención de un **legítimo contradictor,** entendiéndose por tal la persona que tuviera el más próximo y primitivo interés, según unos, o el primero y principal interés, según otros.

"Esta teoría, definitivamente quebrantada por la dificultad de saber de una manera fija lo que debe entenderse por **legítimo contradictor** la acepta el código en lo que atañe a los juicios sobre legitimidad y maternidad disputada.

"Refiriéndose a este último punto, que es en el que estamos, dice el código que se debe tener por tal "el hijo contra la madre y la madre contra el hijo", y añade luego que los herederos representan al contradictor legítimo que ha muerto antes del fallo, y que el pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que citados, no comparecieron.

" De lo que se colige que si el juicio fue seguido entre personas distintas, como entre el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, **no hay legítimo contradictor y el fallo produce los efectos comunes en otra parte explicados".** (tomo I, Nº 336, siguientes). Los efectos comunes que en otra parte de su obra ya había indicado el autor, son los relativos que corresponden en general a toda sentencia.

—4º—

Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad (artículo 403). Significado de esta prescripción.

La tesis absolutista que se esta combatiendo toma pie en el contenido de la anterior prescripción con que termina el artículo 403, en el cual se cree ver la privación de las acciones de estado sobre filiación paterna si no se dirigen personalmente contra el padre.

Claro que la cláusula tomada aisladamente, desvinculada de sus antecedentes, y aplicada en forma mecánica, sin parar mientes en el engranaje de la institución a que pertenece, es definitiva en el sentido de que son inválidos los juicios seguidos entre personas que no sean las enumeradas en la primera parte del artículo.

Pero ese no es el sentido de la cláusula, pues si así fuera quedarían sobrando en el código civil las acciones de impugnación de la paternidad y de desconocimiento de la maternidad que se otorgan después de muerto el padre o la madre y de las cuales ya se habló; e igualmente habría que dar

por inexistente el artículo 406, que dice: "Ni prescripción ni fallo alguno, entre **cualesquiera otras personas que se haya pronunciado** podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o de la madre que le desconoce". Es decir, sea que el fallo se haya pronunciado entre legítimos contradictores, o entre personas que no son legítimos contradictores entre sí, no puede oponerse a quien se presente en las condiciones de la disposición.

Entonces la cláusula significa cosa distinta de la que se le atribuye. ¿Pero cuál será su verdadero alcance?

Muy fácil de determinar. Opera principalmente la disposición en las disputas sobre maternidad. Fue consagrada en atención a esa clase de controversias de las cuales sin discutirse directamente sobre la paternidad, esta cuestión sin embargo también está comprometida; como cuando viviendo el marido se discute la maternidad del hijo, pues si la mujer no es la verdadera madre, el marido no será tampoco el padre legítimo, y, al contrario, declarada la maternidad, el marido será el padre en virtud de la regla **pater is est**...

En estos casos debe intervenir el marido forzosamente en el juicio, claro que estando vivo, pues si está muerto no hay sujeto a quien hacer intervenir; además de que las respectivas acciones no están acondicionadas a la vida del marido, pues vuelve a repetirse que si ello fuera así, habría que borrar los títulos 10 y 18 del código civil, y el artículo 406.

Ilustra mucho el alcance de la cláusula en comentario la historia del establecimiento de la correspondiente disposición del código de Chile.

En el primitivo proyecto de don Andrés Bello el artículo 317 estaba redactado así: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo".

"Por consiguiente, si el hijo ha obtenido contra la madre un fallo que lo declara legítimo, no obstará este fallo al padre o a sus herederos; y si otra persona que el hijo ha obtenido contra el padre o sus herederos un fallo que declara la ilegitimidad del hijo, no obstará este fallo al hijo o a sus herederos".

Después en nuevo proyecto se cambió así la redacción de la segunda parte del artículo: "Pero si se disputa la maternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad".

Por último dicha parte se aprobó según el texto legal.

De estos antecedentes aparece nítidamente:

a) En primer lugar aclarado que el pensamiento de don Andrés Bello, acerca de la noción de legítimo contradictor definida en los artículos 401 a 403, coincide con la que se da en este fallo, que es la misma que han explicado sin ninguna excepción todos los comentadores de los códigos de Chile y Colombia. La idea de Bello aparece clara en la redacción del primer proyecto; y

b) Que la segunda parte del artículo 403 está consagrada principalmente en consideración a las acciones sobre maternidad disputada, ya que en las acciones de impugnación y reconocimiento de la paternidad carece por regla general de aplicación debido a que en vida del padre sólo a éste pertenece el derecho de impugnar, salvo la excepción apuntada de declaración de nulidad del matrimonio, (art. 220, inciso 3º), en que la acción se da también a "cualquier persona que tenga interés actual en ello".

Por lo tanto, en función del artículo 403, el padre, mientras viva, deberá intervenir **forzosamente** en el juicio, so pena de nulidad:

1º.—Cuando algún interesado, distinto del padre, provoque contra el hijo la acción de impugnación de su legitimidad, por haber nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la declaración de nulidad del matrimonio, apoyado en el artículo 220. Fuera de este caso no se ve posible la aplicación de la comentada regla del artículo 403, en las acciones de impugnación de la paternidad.

2º.—Cuando la supuesta madre, pretendiendo probar la suplantación del hijo, se dirige contra el supuesto hijo para impugnar la maternidad, según el derecho consagrado en el artículo 335, inciso 1º.

3º.—Cuando el hijo que pasa por legítimo de dos cónyuges determinados lo es de un matrimonio distinto, los verdaderos padres pueden seguir el juicio disputando la maternidad, según el inciso 2º, ibidem. En este caso el juicio se seguirá, como es natural, contra la señalada madre supuesta; y por aplicación del artículo 403, el marido de ésta que será el supuesto padre, tiene que llamársele al juicio, porque junto con la maternidad está comprometida también la cuestión de su paternidad.

4º.—Mientras los supuestos padres vivan ambos, ninguno de sus presuntos herederos tienen acción para impugnar la maternidad, aunque tengan conocimiento del fraude. Pero si muere la madre, heredarían, por ejemplo sus hermanos, a no ser por la existencia del supuesto hijo, que les arrebata la herencia; por lo cual entonces los hermanos pueden disputar la maternidad, según el artículo 337, con el objeto de que aclarado que no ha habido tal hijo, recoger la herencia de la supuesta madre. Por aplicación del inciso 2º del artículo 403 aquí también tendría que hacerse intervenir al supuesto padre en el pleito so pena de nulidad.

Fuera de los anteriores pueden presentarse otros casos dada la complejidad y variedad de acciones sobre maternidad. Pero los enumerados sirven para poner de manifiesto el alcance de la regla, muy distinto del que hasta hoy le señala la jurisprudencia de la Corte, consistente en establecer que las acciones de reconocimiento de la paternidad no se pueden promover después de muerto el padre, ni siquiera contra los herederos de éste. Tampoco, como lo dijo algún tribunal, la disposición es una repetición del artículo 216. Según la nueva idea de esta Sala constituye una regla de alcances propios y especiales, siendo además armónicos dentro de la institución del legítimo contradictor definida en la ley.

Adelante se comentará la misma regla en relación con las acciones de estado sobre reclamación de la filiación legítima.

CAPITULO II

La noción del legítimo contradictor en la ley 45 de 1936

El artículo 7º de la ley 45 de 1936, sobre filiación natural, estatuye que las reglas de los artículos 401, 403 y 404 del código civil se aplican también al caso de la filiación natural.

Precisada en los capítulos anteriores la noción técnico-legal del legítimo contradictor en las acciones sobre filiación legítima, cuyo significado está lejos de ser la muerte de ellas con la muerte del padre o de la madre, cabe preguntar, ¿qué ámbito tienen los artículos 401, 403 y 404 en el campo del derecho regulador de las acciones en reclamación del estado civil de hijo natural a que se refiere la ley 45?

Ese ámbito debe ser todo el que le corresponde a la noción examinada extendida a ese nuevo campo. El legislador de 1936 tomó la institución del legítimo contradictor y la incrustó en las acciones sobre la investigación de la paternidad natural con las acomodaciones inherentes a la naturaleza del nuevo derecho.

Aplicación lógica y natural de dicha institución dentro del estatuto de filiación natural es que si el juicio de declaración de la paternidad natural se sigue con el pretendido padre, la sentencia que se dicte obliga a todos, en fuerza de sus efectos **erga omnes.** Lo que no ocurrirá cuando la declaración de paternidad se demande después de muerto el padre, contra sus herederos, porque entonces la sentencia que se dicte, no habiéndolo sido con audiencia del legítimo contradictor, tiene los efectos comunes de la cosa juzgada, de crear vinculaciones obligatorias limitadas a los litigantes.

Por la naturaleza misma de la acción, aquí también corresponde proclamar el principio de que mientras vive, el padre es el único sujeto pasivo de ella; no por aplicación del numeral 2º del artículo 403, pues aún sin ese numeral siempre tendría que hacerse comparecer al padre en el juicio, del mismo modo que se hace intervenir en vida a quien se imputa el hecho generante de la obligación que se reclama procesalmente.

En materia de investigación de la paternidad natural, según la ley 45, sucede lo mismo que en materia de la acción que tiene el hijo para investigar su paternidad legítima; que mientras vive, el padre es la única persona susceptible de ser demandada por el hijo, y muerto el padre lo representan sus herederos, dado que ese suceso carece de efectos esterilizantes sobre el derecho del hijo a que se establezca su verdadero estado civil de legítimo.

Según el artículo 406 en otra parte transcrito, nada podrá oponerse a quien se presente como verdadero hijo legítimo del padre o madre que lo desconoce. La acción es imprescriptible. Es una regla de derecho universal, que en el código francés se enuncia así según el artículo 328: "La acción para reclamar el estado es imprescriptible en cuanto al hijo".

Sobre esta disposición del código de Napoleón dijo Demolombe.

"En cuanto al hijo la acción para reclamar el estado civil tiene dos objetos: el uno directo y principal; el otro, indirecto y secundario, o los derechos pecuniarios provenientes de su estado, esto es un objeto que precisamente se halla en el comercio; o más bien la acción del hijo no tiene

sino un objeto único, su estado; lo demás es una consecuencia legal y virtual".

"De donde se deducen las siguientes proposiciones:

1º.—La reclamación en cuanto se refiere al estado mismo, es imprescriptible respecto del hijo, **sola temporis longinquitate minime mutilari.**

2º.—Al contrario, las sucesiones y otros derechos pecuniarios que de ellas provienen se sujetan a las reglas generales de la prescripción.

"Que el hijo no puede perder por ningún lapso el derecho de reclamar su filiación es lo que declara el artículo 328, que se limita a sancionar un verdadero principio; no puede perderse por enajenación, ni en consecuencia, por prescripción, la cual se funda en una presunta enajenación.

"Y siendo ese fundamento el del artículo 328 debe deducirse que ninguna renuncia de parte del hijo pudiera acarrear al abandono de su acción, que se refiere al orden público.

"Al contrario las acciones relativas a los derechos pecuniarios, mera consecuencia de la acción para reclamar el estado, se hallan en el comercio y son enajenables y prescriptibles.

"Se declara que Pablo es hijo legítimo de Pablo y de Sofía. Reinvidica contra otros miembros de la familia, en adelante reconocida como suya, una herencia deferida hace más de treinta años. La demanda sobre los bienes se declararía inadmisible, aplicándose las reglas generales sobre la petición de herencia contra terceros, bien deudores de la sucesión, bien adquirentes de bienes hereditarios".

Como en el código de Chile ideóse la institución del legítimo contradictor, comprensiva del fallo judicial "que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo", concepto en el cual también se incluyen las acciones del hijo sobre declaración de su legitimidad, o acciones de reconocimiento de la paternidad o maternidad legítima, a que alude el artículo 320 (406 del código colombiano), esta disposición túvose que redactar cónsona con las anteriores sobre el establecimiento de dicha institución.

Por eso dice la disposición que ni prescripción ni **fallo alguno** podrá oponerse al hijo que reclama su estado civil de legítimo. De manera que aunque el fallo que se opone se haya dictado, entre legítimos contradictores (con lo cual supone la ley que puede haber fallos dictados entre personas que no sean legítimos contradictores entre sí), el derecho del hijo a reclamar su estado no sufre mengua.

Esta acción de carácter personalísimo en relación con el hijo depende en su duración de la vida del hijo y no de la vida del padre, o madre, cuya muerte no es fenómeno que la extinga, porque si así fuera se llegaría al absurdo de que a pesar de que la ley declara el derecho de reclamación imprescriptible, siempre estaría sometido en vida del hijo a un hecho incierto, constituído por el deceso del padre o madre, que lo aniquilara; absurdo que subiría de punto considerando que en esa hipótesis quedarían radicalmente privados del ejercicio de la acción los hijos póstumos, esto es, los nacidos después de la muerte del padre.

Por tales circunstancias nadie antes de ahora había puesto en duda que muerto el padre que desconoce la legitimidad del hijo, sobre los herederos de aquél recae la obligación de contestar la acción del hijo, tendiente a aclarar su estado civil.

De donde se ve claro el funcionamiento de la institución del legítimo contradictor en las acciones reservadas al hijo para reclamar contra el padre, que lo desconoce, su condición de legítimo. Demandando en vida al padre la sentencia se profiere entre legítimos contradictores: el hijo contra el padre, según el pensamiento normativo del artículo 402. Pero durante la secuela del juicio muere el padre: sus herederos lo representan como contradictor legítimo, según el artículo 404; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica los coherederos que, **citados,** no comparecieron. Luego a los herederos que no fueron citados, tampoco les perjudica el fallo. La acción se inicia fallecido el padre, contra sus herederos: por ausencia del legítimo contradictor, la sentencia tiene alcances relativos, en forma que las restituciones patrimoniales consecuenciales del reconocimiento de la legitimidad del hijo obligarán exclusivamente a los herederos demandados.

Igual fenómeno acontece en la acción de declaración de la paternidad natural instituída en la ley 45 de 1936. Complementada esa acción con la institución del legítimo contradictor, aplicable por mandato del artículo 7º de la ley, a los fallos que le pongan término a las investigaciones de esa paternidad, se concluye que demandando al pretenso padre en vida, la sentencia dictada con audiencia del legítimo contradictor tiene efectos contra todos, auncuando el padre muera durante el seguimiento del proceso, pues en tal caso, citados todos los herederos, opera el artículo 404. Si muerto el padre se inicia la acción, la sentencia que sobrevenga, por no haber sido dictada con audien-

cia del legítimo contradictor, limita su imperio a las partes contendientes.

Se podría argüir que la ley 45 en el artículo 7º menciona taxativamente los artículos 401, 403 y 404, omitiendo el 402. Pero es que la estructura legal del legítimo contradictor trazada por los artículos 401 a 404 ostenta unidad tan indivisible, tal es su trabazón, que dislocada una de sus disposiciones el edificio de la institución se derrumba o se hace incomprensible. Sobre todo, ¿cómo es posible conciliar aislada la regla del artículo 403, si ella se subordina al principio apenas enunciado en el ordinal 2º del artículo 402, del cual es mero desarrollo y consecuencia, en forma que la primera no se concibe sin la segunda, porque esencialmente conlleva su implicación?

Determinado claramente cuál es el verdadero significado de la noción técnico legal del legítimo contradictor dentro de las acciones de investigación de la paternidad natural contempladas en la ley 45 de 1936, dedúcese ineludiblemente que, muerto el padre, subsiste el derecho del hijo a obtener la declaración judicial de su filiación, pues la voluntad del padre en nada afecta la vigencia de ese derecho, comoquiera que el reconocimiento depende de un hecho independiente de esa voluntad.

En Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a provocar contra los herederos del padre la declaración de su filiación natural. El artículo 4º de la ley colombiana es tomado de la ley francesa de 16 de noviembre de 1912. Sólo que en Francia, con el objeto de evitar, como dicen los principales autores que se han ocupado de esa ley, que un hombre permanezca indefinidamente bajo la amenaza de una investigación de paternidad que, bajo la forma de **chantage**, puede usarse contra él o sus herederos, se tomó la precaución, en Colombia abandonada, de encerrar la acción dentro de plazos fijos, a fin de hacer más seguras y fieles las pruebas que se aporten.

La omisión de términos de prescripción en la ley colombiana fue pues voluntaria y expresa del legislador. Este defecto que acarrea a no dudarlo las graves consecuencias que anotan los autores franceses, de inseguridad y perturbación social permanente, en justificación de los plazos breves de prescripción señalados por el estatuto francés, en Colombia corresponde corregirlo el legislador. Aquí convendría establecer un plazo corto y perentorio a partir de la muerte del padre, como término de caducidad de la acción de investigación de la paternidad natural; en esta forma se salvaría el inconveniente de que sobre los herederos quede flotando indefinidamente, hasta cumplir el plazo de prescripción de la acción ordinaria, la amenaza de una acción de investigación tanto más difícil de contestar cuanto más se va alejando el día de la muerte del pretendido padre. En materia de reconocimiento de la filiación natural es inaplicable el principio legislativo de imprescriptibilidad que gobierna la acción de reconocimiento de la filiación legítima, pues ésta supone el hecho del matrimonio, que es obstáculo muy serio para que tal acción se trueque por gentes inescrupulosas en causa de explotación y chantage contra herederos desprevenidos.

Refiriéndose a la acción de declaración de la paternidad natural establecida por la ley francesa dicen Planiol y Ripert, con la colaboración de Rouast, en el tomo II de su conocida obra, bajo el número 921: "Después de la muerte del padre la acción puede ser contra sus herederos; no haciendo el texto ninguna reserva sobre este punto, se debe aplicar el derecho común. Se dijo, es verdad, en el curso de los trabajos preparatorios, que la acción era personal en lo concerniente al demandado y que por lo tanto no podía ser intentada después de su muerte. Pero esta opinión debe considerarse como propia de su autor, porque ella fue contradicha por varios de los oradores en el curso de los debates en el Senado. Hay **unanimidad entre los comentadores de la ley para decidir que la acción puede ser ejercitada contra los herederos después de la muerte del padre. La misma solución es aceptada por las decisiones judiciales que han estatuído hasta el presente sobre este punto".** (Lo subrayado es de la Corte).

Y los todavía más modernos expositores Beudant y Lerebours-Pigeoniere, en su obra "Curso de Derecho Civil Francés" dicen: "No parece dudoso que la acción de investigación de la paternidad natural pueda ser ejercida a pesar de la muerte del pretendido padre. La ley, sin duda, nada dijo, pero la aplicación pura y simple del derecho común para ser descartada necesitaría un texto especial. Por lo demás no se encuentra **ni un autor, ni una decisión judicial que admitan la extinción de la acción por la muerte del padre".** (Subraya la Corte).

En Colombia los juicios de la doctrina y de la jurisprudencia francesas no pueden ser eludidos bajo ningún pretexto, porque aquí como en la legislación francesa impera el principio de derecho universal de que el heredero es el continuador jurídico de la persona del causante, y hoy día aquí

como allá la filiación natural declarada judicialmente se ha convertido para el hijo en fuente de vocación sucesoral con respecto a la herencia del padre, aun en concurrencia con los hijos legítimos. No habiendo regla especial que liberte a los herederos del padre de la obligación de contestar al derecho ejercitado por el hijo, ellos son llamados legítimamente al juicio y no lo pueden eludir.

Para concluir este estudio se suministran tres últimas razones de orden jurídico y una de orden moral que militan en pro de la doctrina defendida en este fallo:

1º La sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa. Para demostrarlo basta leer la fórmula literal con que se consagra la acción en el artículo 4º de la ley y las cinco causales que dan derecho al reconocimiento judicial. El hijo que está en alguna de esas cinco causales es ya hijo natural; sólo que en caso de que el padre se niegue a reconocerlo viene la investigación y luego la sentencia judicial a **declarar** el hecho. Por ser declarativa la sentencia tiene efectos en el pasado en cuanto el hijo adquiere su verdadero estado civil desde la concepción; en manera alguna desde la sentencia.

2º De que el estado civil de las personas sea personal e intrasmisible, no se infiere que sus consecuencias en el orden de las relaciones jurídicas y patrimoniales perezcan con el titular del respectivo estado. Las diversas condiciones cuya reunión forma el estado civil de la persona, esposo, padre, madre, hijo legítimo, hijo natural, etc., son fuente de derechos y obligaciones para la persona, y producen el parentesco que origina toda una serie de relaciones jurídicas según el grado de proximidad, de los parientes, relaciones que son de dos clases: las unas de orden puramente moral, por ejemplo, la potestad paterna, la potestad marital; las otras engendran derechos pecuniarios que forman parte del patrimonio. Las acciones de impugnación y de reclamación de estado nacen generalmente con motivo del ejercicio de éstos últimos derechos, y por eso se otorgan también en consideración a móviles puramente patrimoniales.

No obstante que el estado civil es indivisible e intrasmisible, el código civil contempla según está ya visto, las acciones de impugnación de la filiación legítima en cabeza de los herederos del marido (artículo 219) o en cabeza de cualquiera persona que tenga interés en ello (artículo 220), con el objeto de que establecido el verdadero estado del hijo se realicen las consecuencias patrimoniales que de tal estado dependen. El mismo código contempla también la acción de impugnación cuando obedece a un interés puramente moral en favor de los ascendientes del supuesto padre que ha fallecido (artículo 222). En lo concerniente a las disputas sobre la maternidad se da también la acción de impugnación "a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique en sus derechos hereditarios" (artículo 337). Y la acción de reclamación de la filiación legítima está visto que se da contra los sucesores del supuesto padre o de la supuesta madre (artículo 406).

En todos los casos anteriores no se rompe el principio de la indivisión y de la intrasmisibilidad del estado civil. Partiendo de ese principio la acción tiende precisamente a definir determinado estado civil, con el objeto de deducir de allí las consecuencias en orden al patrimonio, ese sí trasmisible y divisible.

¿Acaso la filiación natural debe estar sometida a principios diferentes? No. Por eso con razón se ha dicho:

"La aplicación de la teoría del legítimo contradictor no se vincula al concepto de divisibilidad del estado, sino al de oponibilidad del fallo sobre él, esto es, como lo dice Josserand con la cita de muchos e ilustres expositores, a saber en frente de qué personas puede prevalerse el demandante de las consecuencias que corresponden al estado que se ha atribuído por sentencia judicial. No es, pues, que en relación con unos herederos del padre sea hijo natural y con otros no, sino que solamente tiene derecho a reclamar los efectos que dicha paternidad acarrea contra los herederos que haya vencido en juicio contradictorio. Los que no litigaron no tienen por qué mermar su derecho herencial para integrar la participación que corresponde al actor victorioso. La declaración de heredero, cuando había lugar a hacerla, se entendía hecha sin perjuicios de terceros. Es el mismo fenómeno que se opera con las sentencias condenatorias en juicio de dominio; no se puede decir en casos tales que el actor sea más o menos dueño, o dueño para unos y no para los demás, sino que el fallo que lo declara tal no tiene obligatoriedad y alcances sino en relación con el litigante vencido". (Gaceta Judicial, tomo 51, pág. 636).

3º Con la tesis de que muerto el padre muere la acción del hijo natural para reclamar su estado, piénsese en la categoría de hijos que radicalmente estarían desposeídos de la acción al nacer: los póstumos. Se hace imposible concebir que estén excluídos. No pueden estarlo, si el principio en que se inspiran los artículos 91 y 93 del código

civil, de que la ley protege la vida y el patrimonio del que está por nacer, traduce imperativos de justicia que impiden quebrantar sin motivos legítimos la igualdad de posibilidades de los hombres ante la ley. Romperíase esa igualdad de tolerarse que a determinada categoría de hijos naturales se les negase el derecho que a otros se les otorga, solamente porque éstos tuvieron el privilegio de conocer al padre, en contraste con la situación de aquellos nacidos bajo la desventura de la orfandad, que parejamente se les convertiría en desamparo legal.

Pero a tamaña desigualdad —vitanda, por lo demás, enfocada a la luz de las directrices positivas de nuestra organización constitucional— llégase por interpretar los artículos 401 y 403 aisladamente, cual disposiciones que actuaran sueltas, sin vínculos de relación con otros antecedentes; método de interpretación desusado aun dentro del criterio de los primeros exégetas quienes en la explicación de las normas nunca abandonaron el enlace de las disposiciones conexas. Menos podría ampararse semejante método con las recomendaciones de la Escuela Científica, cuyas críticas estigmatizan la fórmula de **dura lex sed lex,** como contrapuesta a la armonía social en que supónese inspirada toda regla de derecho privado, escuela para la cual la ley tiene un alcance limitado y objetivo, que se determina mediante la fórmula literal del texto y del fin social perseguido por el legislador en el momento de elaborarla. Texto y objeto social son pues los dos factores preponderantes en la hermenéutica que se precie de científica. De consiguiente, ni torturar el texto arrancándole conceptos contrarios a los que fluyen de su sentido literal ni desviarlo del fin social a que responde. Desalojando a los póstumos del amparo que la ley 45 de 1936 les confiere a los hijos naturales, ¿acaso esa fuera la manera de acomodar ésta al fin social que la inspira?; y por el otro aspecto, ¿no será deformar el tenor literal de los dos artículos 401 y 403, leyéndolos sin el auxilio del 402, y todos tres desconectados de las disposiciones orgánicas de las acciones de filiación que se dejan examinadas en este fallo, en donde aquéllas encuentran su natural anclaje?

4º La solución jurisprudencial en este fallo adoptada lejos de desarmonizar encuadra perfectamente dentro de las normas de la moral cristiana. La unidad y estabilidad de la familia legítima cimentada por esta moral es base de austeridad en las costumbres, espíritu de orden, benevolencia y generosidad entre los hombres, virtudes que generalizadas en la sociedad hacen germinar espontáneamente el sentimiento colectivo de la justicia tan necesario y esencial en la convivencia de las naciones, de los individuos y grupos sociales de cada pueblo. Y no hay mayor disolvente de la familia legítima que la tendencia a la procreación extramatrimonial. De ahí que si los diques de la moral religiosa con sus llamamientos a las conciencias individuales son insuficientes a contenerla, está bien que la ley positiva intervenga, permitiendo y reglamentando la investigación de la paternidad ilegítima, aun cuando no sea sino con el objeto de abrir el camino de las reparaciones patrimoniales, a modo de freno económico, mediante las cargas que se establezcan a favor de la progenie extramatrimonial, con fines de protección, pues el que ella sea fruto de pecado no autoriza la plena irresponsabilidad del padre, en el sentido de dejarla abandonada al desamparo. Ahora bien, si la protección se da contra el padre, y sobre la equidad y justicia de ello hay acuerdo unánime al interpretar la ley 45 de 1936, ¿qué razón seria de orden moral se opone a que se dé contra sus herederos, obstinados muchas veces en negar lo que el padre le ha concedido al hijo en vida? El temor a que se perturbe el ritmo de la tranquilidad de los hogares es preocupación infundada. Se acepta como necesaria la acción de investigación durante la vida del padre con el fin de evitar que abandone u olvide el cumplimiento de elementales deberes de protección impuestos por la naturaleza hacia el hijo, no obstante que viviendo el padre es cuando la acción de declaración de la filiación natural puede traer realmente motivos de intranquilidad y disgusto en el hogar entre el padre y la esposa o entre el padre y los hijos legítimos. Pero muerto el padre tales peligros son imaginarios, y sólo habrá que defender a los herederos contra el intento de acciones sorpresivas prevalidas en su desconocimiento de las actividades de aquél. Mas ese peligro es peculiar en la mayoría de las demandas contra los herederos por hechos imputados al padre. Peligro que puede contrarrestar la jurisprudencia exigiendo rigor en el análisis de las pruebas con que se pretenda acreditar la paternidad. Y el mismo legislador, introduciendo las reformas legislativas que la Corte sugiere en el último capítulo de ese estudio a fin de mejorar el instrumento legal.

CAPITULO III

Sentencia de instancia

Quebrada la sentencia del Tribunal por razón

de que el derecho que asiste a la demandante para solicitar la declaración de su filiación natural paterna está vigente, aun después de la muerte del pretendido padre doctor Antonio Camacho Ruiz, le corresponde a la Corte avocar el examen de ese derecho según la causal invocada y las pruebas allegadas al proceso con el propósito de fundarla.

De acuerdo con lo que al iniciar este fallo enunciése, la demanda tiende en esencia a que se declare que Otilia Medina, es hija natural del doctor Antonio Camacho Ruiz, y en esa calidad su heredera con exclusión de la señora Inés Camacho de Montejo, quien en calidad de heredera como hermana del difunto, según reconocimiento que se le hizo en el juicio de sucesión respectivo, ocupa todos los bienes de la herencia, bienes que por consiguiente debe ordenarse los restituya a la demandante.

En los hechos sustentatorios de la demanda háblase de las relaciones amorosas que Araceli Medina sostuvo con el doctor Camacho Ruiz por los años de 1920 y 1921, en la población de Guayatá, en época en que Araceli vivió en la casa de don Aureliano Camacho, padre del doctor Camacho; del nacimiento en el mes de octubre de 1921 de la demandante Otilia, cómo hija de Araceli; del reconocimiento que constantemente hacía el doctor Camacho, mientras vivió, de la paternidad de esa hija; de la asistencia que le prodigaba, el afecto que le dispensó, el sostenimiento de su educación, la preocupación que en el doctor Camacho despertó la desgracia de haber enfermado Otilia de lepra, causa para su traslado a Agua de Dios, en donde aquél continuó auxiliándola con atenciones y dinero; y se hace mérito de las cartas que el doctor Camacho le dirigiera, en diferentes épocas, tanto a la madre como a la hija, en las cuales resaltan los sentimientos paternales de aquél en relación con Otilia, cartas y papeles que fueron presentados con la demanda.

Aun cuando en la demanda no se le menciona expresamente, el conjunto de hechos en ella narrados tiende a configurar la causal 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, consistente en la posesión notoria del estado civil del hijo natural, tendencia que acentúan las pruebas allegadas al proceso.

De acuerdo con el artículo 6º de la misma ley, la posesión notoria del estado del hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento.

En materia de filiación natural, al igual que en materia de filiación legítima, o que en materia de matrimonio, la posesión notoria del estado civil debe probarse por un conjunto de elementos de convicción que la establezcan de un modo irrefragable, según el querer del artículo 399 del código civil.

Si la exigencia probatoria del artículo 399 se predica de la posesión de estados menos propicios a la incertidumbre, el requerimiento sube de punto en relación con la posesión de estado de hijo natural, en donde el campo es más accesible a la falsa apreciación de las gentes y a situaciones equívocas entre los supuestos padre e hijo, que fácilmente pueden conducir a los jueces a cometer graves errores judiciales, dejándose influir por simples apariencias, muchas veces creadas por testigos ligeros de criterio, o lo que sería ya escandaloso, por testigos inescrupulosos.

La naturaleza bastante incierta y con frecuencia equívoca de las pruebas tendientes á establecer la filiación natural, determinó a la jurisprudencia francesa a sostener que la ley de 1912 tiene un carácter facultativo para los jueces, pues ninguno de los casos enumerados en ella es perentorio; de manera que por muy completas que parezcan las pruebas el juez conserva entera libertad para desestimar la demanda si el proceso revela algún fondo oscuro que debilite su convicción. Ese arbitrio se debe a que las pruebas de paternidad natural descansan siempre sobre presunciones, ninguna es cierta, y el legislador no se ha atrevido a establecerlas como presunción legal. (Planiol y Ripert, **Tratado Práctico de Derecho Civil Francés,** tomo II, número 889).

Sin necesidad entre nosotros de apelar a las palabras con que se expresó el legislador colombiano de 1936, la solución aquí debe ser igual, dado que la naturaleza de los hechos erigidos como causales para autorizar la investigación de la paternidad natural, requiere elementos probatorios de tánta convicción, que dejen al juez sin ninguna sombra de duda sobre la efectiva realización de esos hechos. No siendo posible acreditar la paternidad por medios directos, la ley recurre a la prueba de ciertos hechos por vía de presunciones. Entonces la verdad judicial de éstas debe imponerse a la conciencia del juez espontaneamente, sin dificultades, para cualquier duda grave que surja en el proceso de formación del convenci-

miento, ora en relación con detalles significativos que contrarien por ejemplo un conjunto armónico de testimonios, bien porque la conducta comprobada del supuesto padre de donde se pretenda inferir el reconocimiento de la paternidad merezca igualmente interpretaciones distintas de la que se le asigna y aparentemente manifieste, o ya por el origen sospechoso de una prueba formalmente legal, desvirtúa la fuerza probatoria de la presunción y la deja anulada.

Por tales motivos, unidos al no menos poderoso de que el artículo 4º de la ley 45 crea una acción excepcional de investigación de la paternidad natural basada en hechos limitados, que exigen previa calificación judicial en sentencia firme a que haya precedido el más amplio debate contradictorio entre el hijo y el pretendido padre o sus herederos, sería temerario pensar que una semejante calificación pudiera intentarse en procedimiento sumario, por ejemplo, en el juicio de sucesión del supuesto padre, en que los hijos legítimos, aun con la prueba supletoria de la posesión del estado civil de tales, demandan sumariamente el reconocimiento de que son herederos. En materia de filiación natural la posesión notoria del estado de hijo sólo sirve como medio de investigación de la paternidad, es decir, sólo cabe dentro de esa acción excepcional, cuya trascendencia en el núcleo familiar comporta inevitablemente las ritualidades del juicio ordinario, en la misma forma y por la misma razón de que también sería absurdo pretender que sumariamente se declarase acreditado cualquiera de los otros cuatro casos en que según la misma ley 45 es permitida la declaración judicial de paternidad.

Ya se dejaron citados los términos del artículo 6º de la ley 45, el cual condiciona la posesión notoria del estado civil de hijo natural a la reunión de las siguientes circunstancias:

1º Que el padre o la madre hayan atendido a la subsistencia y educación del hijo;

2º Que a esas necesidades hayan provisto el padre o madre con el carácter de tales; y

3º Que a virtud del tratamiento de que se habla en los dos numerales anteriores, los deudos y amigos de los padres y el hijo, o el vecindario del domicilio en general los hayan considerado ligados entre sí por el vínculo de la filiación natural.

No basta pues el solo hecho de liberalidad consistente en el sostenimiento y educación de una persona, aun cuando esa circunstancia esté acompañada del mayor afecto, si no aparece claro, inequívoco, que ese afecto es el que corresponde a las relaciones de padre a hijo, en tal grado hecho ostensible por el primero que su conducta en ese sentido haya llevado a formar la opinión generalizada entre deudos y amigos, o vecindarios en general, de que la persona ha recibido ese tratamiento por ser su hijo.

De consiguiente dada la complejidad del hecho, constituído por varios aspectos se impone el rigor para juzgarlos y darlos por establecidos, como que sólo por la conjunción de todos ellos es posible el reconocimiento del hecho. Cualquier debilidad de alguna de las fases probatorias desvirtúa la potencia demostrativa del conjunto de elementos de convicción de que el demandante se sirva para que se le tenga judicialmente en calidad de hijo, y ello autoriza ampliamente la desestimación de la demanda.

Tampoco hay que olvidar que el artículo 398, incorporado en el estatuto de la filiación determina que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, **deberá haber durado diez años continuos por lo menos.**

Examinadas las pruebas que obran en el presente juicio, a la luz de los anteriores postulados de doctrina, la Sala encuentra que el que se contempla es uno de los casos en que por la variedad, armonía y origen insospechable de las pruebas, no dejan en la conciencia ninguna duda de que la demandante Otilia Medina fue reconocida y tratada por el doctor Antonio Camacho, como su hija natural desde la niñez de la primera hasta la muerte del segundo. La prueba testimonial es plenamente satisfactoria, porque fuera de que nada se advierte de parcial en los testigos concuerda con la prueba literal, cuyo origen proviene del doctor Camacho, como autor, según convino en posiciones la demandada. De manera que la prueba literal y la testimonial recíprocamente se refuerzan y confirman, en grado que no queda ningún fondo obscuro, que le reste al haz probatorio su gran poder de convencimiento, según va a verificarse.

Prueba testimonial

Luis E. Acosta, Antonio Dueñas, Campo Elías Gutiérrez, José de Jesús Dueñas R. y Otilia Correal v. de Bernal declaran, dando razón de sus afirmaciones, que por los años de 1919, 1920 y 1921 Araceli Medina que era pariente de don Aureliano Camacho, y a quien éste trataba como miembro de su familia vino a vivir con ésta en su casa de Guayatá; que por la misma época Antonio, hijo

de don Aureliano y que vivía en la misma casa mantenía relaciones amorosas con Araceli, de quien aparecía como novio, lo cual fue de dominio público en Guayatá; que a mediados de 1921 Araceli estuvo en estado interesante y así la vieron los testigos, pero ya en su propia casa, y luego nació una niña a quien le pusieron el nombre de Otilia, de la cual en todo el vecindario se decía que era hija de Antonio, hecho que causó en la población gran revuelo y escándalo y provocó muchos comentarios; que a los testigos personalmente les contó Antonio que Otilia era su hija, paternidad que aquél a nadie ocultaba. El testigo Acosta agrega el siguiente detalle: "Me consta que un día estando con el doctor Camacho Ruiz en el año de 1940 en una tienda de la población de Guayatá, me dijo personalmente que él se iba para la Argentina y que lo que sentía era separarse de su hija Otilia a quien quería mucho. Que era cierto que él la tenía muy recomendada; todo lo cual me lo dijo con mucho sentimiento y llorando porque continuaba diciendo el doctor Camacho Ruiz que era una desgracia para su hija Otilia padecer de esa enfermedad tan grave que la tenía recluída en Agua de Dios, y que para él también era esto una desgracia". El testigo Campo Elías Gutiérrez agrega este interesante dato: "Es cierto y me consta que cuando la niña Otilia Medina resultó con la enfermedad que hoy la tiene recluída en Agua de Dios, el doctor Antonio Camacho Ruiz me mandó llamar a su Clínica situada en la casa marcada con el Nº 15-57 de la carrera 10ª de esta ciudad, y allí me dijo más o menos lo siguiente: "Estoy muy triste y preocupado por la novedad de Otilia. Lo molesto y le ruego para que Ud. lleve a la pobre china para Agua de Dios. Es cosa que le agradezco en el alma y me la lleva a la pobre china para Agua de Dios con todos los cuidados porque supóngase Ud. cómo estaré afligido yo con tánta desgracia. Esta chinita la quiero yo mucho, y ahora la quiero más todavía". Leída la aprobó. Al punto segundo adicional contestó: Es cierto y me consta que el doctor Antonio Camacho Ruiz me dio el dinero para el transporte de Otilia a Agua de Dios, y me dijo que no economizara nada, y me advirtió también que si necesitaba hacer más gastos los hiciera que él me reconocía todo, lo que no se hizo, pues el dinero que me dio fue más que necesario. Leída la aprobó. Al punto tercero contestó: "Es cierto y me consta que yo llevé a Otilia Medina de acuerdo con lo que me mandó el doctor Antonio Camacho Ruiz a Agua de Dios y cuando estuve de vuelta el doctor Camacho Ruiz me preguntó lo siguiente: Cómo quedó Otilia, mi pobre hija? Me siento muy intranquilo y tengo a mi hija atravesada en el corazón". A esto yo le contesté: que había dejado a Otilia Medina en casa de Segundo Rintá que vive en Agua de Dios, y le dí los recuerdos que Otilia le mandó. El Dr. Camacho Ruiz continuó diciéndome: "No sé cómo agradecerle el favor que Ud. me hizo en llevar a mi pobre hija. Ella debió de quedarse muy triste. Pobrecita".

Rosalino Gutiérrez y Marco Tulio Gutiérrez en términos generales confirman que Araceli vivió en casa de don Aureliano; el estado de embarazo de aquélla por la época en que tenía amores con Antonio Camacho; el nacimiento de Otilia y el natural escándalo que esto produjo por atribuir el público de Guayatá que era hija de Antonio; y la actitud de éste, que a nadie le negaba el hecho, Rosalino agrega además este otro dato: "En el año de mil novecientos treinta y cinco estando viviendo en Bogotá, me llamó el doctor Camacho Ruiz a su Clínica y me dijo las siguientes textuales palabras: "Rosalino, lo mandé llamar para lo siguiente: como Ud. es el pariente más próximo que tiene mi hija Otilia aquí, y como yo quiero educar convenientemente a esa china, porque es mi hija, le ruego encarecidamente la tenga en su casa para que allí duerma y le dé la alimentación porque la boy (sic) a poner en un colegio, y quiero además que alguna persona de los de su casa la acompañe todos los días de la casa al colegio, lo mismo que al regreso, a lo dicho por el Dr. Camacho Ruiz y a su exigencia yo convine". Leída la aprobó. Preguntado al punto segundo contestó: "Es cierto y evidente que el Dr. Camacho Ruiz arregló conmigo el valor de la alimentación, la que le dí y suministré a Otilia mientras estuvo en el colegio de Bogotá, y mi hijo menor Luis Gerardo la acompañaba, tanto a la ida como al regreso del colegio". Leída la aprobó. Preguntado al punto tercero contestó: "Es cierto y evidente que el Dr. Camacho Ruiz me llamaba puntualmente cada mes para darme el valor de la alimentación y para recomendarme siempre a la niña Otilia, lo cual lo hacía con mucha insistencia, diciéndome que tuviera con ella el mayor cuidado, pues no olvidara que Otilia era su hija". Por su parte Marco Tulio, hijo de Rosalino, confirma que cuando éste vivió en Bogotá el doctor Camacho le confió a Otilia.

La señora Antonia Camacho v. de Correal, cuyo testimonio fue aducido por la demandante, dice ser hija de don Aureliano Camacho y hermana del

doctor Camacho Ruiz. Confirma que éste y Araceli tuvieron relaciones amorosas por la época en que Araceli vivió en la casa de don Aureliano. Luego agrega: "A mí me consta porque lo oí decir al doctor Camacho Ruiz y en presencia de Araceli que Otilia era su hija, lo cual sucedió en Bogotá cuando él estaba allá después de la venida de Barcelona, y por recomendación que él me hizo por medio de carta desde Barcelona para que yo retirara la niña Otilia de la casa de su madre por el peligro en que se hallaba por la enfermedad de un tío de Otilia".

Antonio Camacho dice: "Me consta directa y personalmente por ser cierto y evidente y porque lo oí decir al doctor Antonio Camacho Ruiz repetidas veces que la niña Otilia era su hija, lo cual no lo ocultaba en ninguna forma y al contrario la sotuvo en el colegio y le daba todo lo necesario para la subsistencia, apoyo que le brindó en una forma generosa y continua el cual me consta a mí que se lo brindó hasta el año de mil novecientos treinta y nueve y me consta además que en las cartas que le escribía el doctor Camacho Ruiz a don Aristides Camacho, de Barcelona y Ginebra lo autorizaba para que le pasara dinero a Otilia". Leída la aprobó. Preguntado al punto décimo contestó: "Me consta porque ví y leí varias cartas que el Dr. Camacho Ruiz le dirigía desde el exterior tanto a Araceli Medina como a su hija Otilia Medina, las cuales dirigía de Barcelona; y conmigo personalmente, cuando el Dr. Camacho Ruiz ya estaba en Bogotá, le mandaba dinero a Otilia y le escribía cartas".

Don Luis María Montejo dice que cuando el doctor Camacho Ruiz se fue para Barcelona lo recomendó para que del producido del arrendamiento de sus fincas le pasara a Araceli Medina alguna cantidad de dinero, orden que cumplió el declarante, de lo cual Araceli le daba los recibos, los que entregó al doctor Camacho cuando arregló cuentas con él.

El doctor Carlos A. Castro manifiesta que cuando él estaba de médico en Agua de Dios en el año de 1939 o 1940 en varias venidas a Bogotá el doctor Camacho Ruiz le hizo recomendación especial de la niña Otilia Medina, recluída en el leprocomio; en vista de lo cual el testigo tomó especial interés por la niña a la que le hizo varios tratamientos.

Por último de los testigos traídos al juicio por la parte demandada, tres declaran un hecho favorable a la pretensión de la demandante; son los señores Antonio Alfonso, Segundo M. Rubiano y Segundo A. Castro. Expresan que Araceli Medina tuvo dos hijos naturales, una niña y un niño. En cuanto a la mujer se le tenía en Guayatá como hija del doctor Antonio Camacho Ruiz, del hombre se decía que era hijo del señor Gonzalo Camacho.

El resto de las declaraciones de los testigos aducidos por la demandada se refieren a que Araceli Medina tuvo una tienda en Guayatá a donde asistían muchos hombres que la cortejaban, aclarando Rubiano que la tienda la abrió Araceli después de haber tenido la niña, a la que el doctor Camacho sostuvo en un colegio en Bogotá.

La demandada también trajo al juicio las declaraciones de Juan Ramón Piñeros y Mario Correal, quienes atestiguan que el doctor Camacho Ruiz se ausentó del país para Europa en el año de 1922 en donde permaneció por cerca de doce años.

Prueba documental

La prueba testimonial que se deja relatada está robustecida por las cartas y papeles adjuntados a la demanda, escritos todos de puño y letra del doctor Camacho, salvo una carta en máquina, pero también firmada por él, según la aceptación que la demandada señora Inés Camacho de Montejo hizo en la diligencia de posiciones que absolvió en el juicio.

Las cartas son:

1º Una escrita en Barcelona en el mes de septiembre de 1922 dirigida a Araceli Medina, a Guayatá, en que le describe el viaje a Europa; contiene un pasaje en que le habla del recuerdo tan grato de su "queridísima nene" y se la recomienda de modo especial.

2º Otra escrita en Barcelona el 20 de agosto de 1924, dirigida a Araceli, en que dice en dos de sus párrafos: "A la pequeña Otilia la quiero y la pienso constantemente y me preocupa el pensar en su sino. Cuídela mucho y sustituya los cuidados y caricias que no puedo hacerle por la solicitud y celo por su formación y educación de su alma, que tendrá que ser noble. A primera oportunidad le escribiré a Aristides y le recomendaré que le pase algo para sus cuidados. Ud. muy bien sabe que ya le había dado la orden. A mi pequeña muchos besitos y Ud....",

3º Cuatro cartas escritas todas en papel con membrete de "Antonio Camacho Ruiz, Médico y Cirujano", dirigidas de Bogotá a Otilia en Agua de Dios, el 1º y el 5 de julio de 1938, el 3 de mayo de 1940 y el 24 de enero de 1941, en las cuales el doctor Camacho en tono afectuoso le da consejos a Otilia y le recomienda resignación para so-

brellevar su enfermedad, animándola con la esperanza de una curación. Le anuncia además el envío de dinero. En la carta de 1941 se despide para la Argentina, y le promete volverle a girar cuando las circunstancias se lo permitan, por lo cual le recomienda que ahorre el dinero que le remite con la carta.

4º Por último en papel, para fórmulas médicas con el membrete del doctor Camacho Ruiz, y también bajo su firma, hay otras tres cartas breves dirigidas a Otilia a Agua de Dios, el 23 de septiembre y 5 de noviembre de 1938, y 17 de marzo de 1939, con las cuales le adjunta dinero.

Las peticiones de la demanda

La primera súplica de la demanda encamínase a que se declare que Otilia Medina es hija natural del doctor Antonio Camacho Ruiz, y en consecuencia su legitimaria en la sucesión.

La petición prospera. De acuerdo con el artículo 20 de la ley 45 de 1936, no dejando el difunto cónyuge sobreviviente, ascendientes ni descendientes legítimos heredan los hijos naturales con exclusión de los hermanos legítimos.

La petición **segunda** se dirige a que se declare nulo el auto dictado en el juicio de sucesión del doctor Antonio Camacho Ruiz por medio del cual se reconoció a la señora Inés Camacho de Montejo como heredera del causante en su condición de hermana legítima.

La petición es improcedente, porque tal auto no adolece de nulidad. En los juicios de sucesión esa clase de reconocimientos se hace sin perjuicois de terceros de mejor derecho, de manera que si éstos se presentan a reclamar la herencia, por ministerio de la ley excluyen a los que están ya reconocidos con un derecho inferior. Por lo tanto el que en el juicio mortuorio del doctor Camacho Ruiz se haya declarado heredera a una hermana legítima, en nada impide que al presentarse en ese juicio Otilia Medina con su carácter reconocido judicialmente de hija natural, desaloje a aquella heredera.

La **tercera** petición pretende que se diga que Otilia Medina es única y universal heredera de su padre natural doctor Antonio Camacho Ruiz.

La solicitud es inadmisible, dado que supone acreditado el hecho negativo de que no haya otros herederos de igual o superior derecho que Otilia. Formulada esa declaración se desconocería el derecho de esos posibles herederos dentro de un juicio en que no son partes y cuyo objeto ha sido el de definir el mejor derecho de la actora en relación con el de la demandada.

La **cuarta** petición persigue el que la demandada señora Inés Camacho de Montejo restituya a Otilia todos los bienes de la herencia del doctor Camacho Ruiz que está ocupando en calidad de heredera como hermana legítima del causante.

La solicitud prospera. Habiendo confesado en el juicio la demandada que ella ocupa los bienes de su hermano en calidad de heredera, y declarándose que ella, frente a la actora, carece de derechos herenciales en esa sucesión, obviamente está obligada a restituir los bienes que ocupa, a la hija natural, heredera de mejor derecho.

CAPITULO IV

Resumen de conclusiones

Con el fin de relievar claramente el pensamiento de la Sala acerca de algunas de las cuestiones tratadas en este fallo, y que se consideran más importantes, conviene puntualizarlas en sintético resumen:

a) Los artículos 401 a 404 del código civil que no pueden tomarse aisladamente unos de otros, ni desvincularse de las acciones de impugnación de la paternidad legítima y de la maternidad, correspondientes al padre, o la madre, o a terceros, según la organización que a esas acciones se les da en el mismo estatuto, ni las acciones sobre declaración de la paternidad o maternidad legítima, correspondientes al hijo, establecen legislativamente el sistema de los legítimos contradictores, cuyo objeto es proveer, en algunos casos de esas acciones, excepciones a la regla general de derecho positivo sobre el alcance relativo de las sentencias judiciales.

b) Sobre este alcance de los artículos mencionados nunca hubo la menor duda en la doctrina de todos los comentadores del código de Chile y del código colombiano, tanto antiguos como modernos, estautos en que son idénticas esas disposiciones.

c) Los antecedentes del inciso 2º del artículo 317 del código de Chile, correspondiente al 403 del colombiano, y el modo armónico como se hace patente que debe operar ese mandato en las acciones de filiación, especialmente en materia de disputas sobre la maternidad, acredita incontrovertiblemente que cuando el inciso dispone que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir for-

zosamente en el juicio so pena de nulidad", lejos está de significar que con el deceso del padre muere la acción del hijo para reclamar su filiación, o la acción del padre o de la madre, para discutir su calidad de tales, pues si se le diera ese significado se derrumbaría toda la estructura legal de las diferentes acciones de filiación, tan científicamente ordenadas en el código civil.

d) De consiguiente, incrustada la noción del legítimo contradictor en las acciones sobre declaración de la filiación natural, creadas en la ley 45 de 1936, es forzoso aplicarla en ese nuevo campo con el mismo sentido que posee en las acciones de filiación legítima, que como se ha visto, no es de privar al hijo del derecho de reclamar su verdadero estado por la muerte del padre, sino el de diferenciar los casos en que la sentencia tiene efectos **erga omnes** de los en que tan sólo tiene efectos relativos.

e) En la ley 45 de 1936 se prescindió expresamente de establecer términos especiales de prescripción para la acción de declaración de la filiación natural; sobre el particular conviene una reforma legislativa que establezca un término corto y perentorio a título de caducidad, a partir de la muerte del padre, en que la acción sea aceptable contra sus herederos. Esto porque a los herederos no debe dejárseles indefinidamente bajo la amenaza de la acción, tanto más difícil para ellos de contradecir cuanto más lejana esté la muerte del presunto padre. Tal reforma tendría también la virtud de acabar con la incertidumbre acerca de que la acción sea viable contra los herederos, incertidumbre que llevó a la Sala desde el año de 1943 en sentencia de 23 de mayo —Gaceta Judicial, tomo LV, página 302— a sugerir una reforma legislativa que definiera de una vez por todas tan trascendental cuestión. En ese fallo se dijo: "No está fuera de la normalidad institucional que las sentencias de los tribunales revelando con interpretaciones contradictorias la oscuridad de una norma positiva, abran el camino a la ley escrita cuya expedición preparan mostrando la necesidad de una regla nueva e inequívoca y hasta sugiriendo su contenido. Para la Sala de Casación Civil puede ser un nuevo aspecto en su función de uniformar la jurisprudencia".

f) Aceptado, como está de modo unánime, inclusive por las anteriores sentencias de la Sala, que la ley 45 de 1936 apenas responde a elevados requerimientos de justicia social, al otorgar al hijo natural el derecho de demandar al padre para que con su audiencia se declare su calidad de tal, la misma justicia exige todavía con mayor apremio, que la muerte del padre no prive de la acción al hijo contra sus herederos. Porque si así fuera, quedarían despojados de ese derecho además de los póstumos, aquellos hijos naturales que por haber recibido del padre, en vida, la protección adecuada se sintieron cohibidos para demandarlo por un sentimiento natural de respeto y gratitud. Conclusión que la Sala encuentra reñida con la equidad, la moral y la justicia.

g) Como el artículo 4º de la ley 45 de 1936 crea una acción excepcional de investigación de la paternidad natural, basada en hechos que exigen una previa calificación judicial en sentencia a que haya precedido el más amplio debate contradictorio entre el hijo y el pretendido padre o sus herederos, es gravemente equívoco sostener que una tal calificación pueda intentarse por vía sumaria, por ejemplo, en el juicio de sucesión.

h) Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investigación de la paternidad natural, se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial.

i) Por último, igualmente es conveniente que respecto de las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936 ésta se reforme en el sentido de requerir como necesario para dar por probadas esas causales un principio de prueba por escrito, emanada del pretendido padre, que haga verosímil el hecho litigioso. La comprobación de esos estados no debe dejarse a merced meramente de la prueba testimonial, peligrosa por los abusos que con ella se cometen. Cuando entre el presunto padre y la madre han existido de manera notoria relaciones sexuales estables (numeral 4º) o cuando el hijo alega la posesión notoria para obtener la calificación de su filiación natural (ordinal 5º), es natural y obvio que exista prueba literal directa o indirecta, dimanada del padre, de donde se deduzcan aquellas relaciones o se infiera la aceptación de la paternidad.

CAPITULO V

La sentencia

En fuerza de todas las consideraciones precedentes, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pronunciada en este juicio ordinario

de Otilia Medina contra la señora Inés Camacho de Montejo, REVOCA la del juzgado, y en lugar de los fallos de instancia, el pleito así SE RESUELVE:

1º Declárase que la demandante señorita Otilia Medina es hija natural del doctor Antonio Camacho Ruiz, muerto el 21 de octubre de 1941, en Cosquín, provincia de Córdoba, república Argentina;

2º Declárase que Otilia Medina en la calidad que se le reconoce es heredera del mencionado doctor, con exclusión de la demandada señora Inés Camacho de Montejo, por tener mejor derecho que ésta a recoger la herencia de su padre;

3º Condénase a la señora Inés Camacho de Montejo a entregar a la señorita Otilia Medina, todos los bienes que ocupe en calidad de heredera del doctor Antonio Camacho Ruiz, pertenecientes a esta sucesión; y

4º Para la restitución de frutos de los bienes de la herencia y abono de mejoras, se considera a la señora Inés Camacho de Montejo como poseedora de buena fe; por lo tanto se le aplicarán los artículos 963, 964, 965 y 966 del código civil, en lo pertinente.

5º Niéganse las demás peticiones de la demanda; y

6º Se absuelve a la demandada del pago de las costas del juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la Gaceta Judicial.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón.—Secretario en propiedad.

REIVINDICACION. — ERROR DE HECHO. —NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACION

1. — El error de hecho, para que produzca en casación la infirmación del fallo, requiere que sea evidente, manifiesto u ostensible.

2. — Si bien es cierto que el fin propio del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la exposición doctrinaria, no por eso es académica la función de la Sala de Casación Civil en el sentido de que tenga libertad para ocuparse de todos los temas que se le propongan, aun de los que carezcan de influencia sobre la parte dispositiva de los fallos. El recurso está limitado por su fin secundario de reparar el agravio que se haya cometido contra una de las partes con una interpretación equivocada de la ley. De ahí que sea de casación, es decir, de anulación de lo resuelto por el tribunal. Por tal motivo sólo tiene el derecho de interponerlo la parte desmejorada con la sentencia, que es a la que acompaña el interés debido. No la parte a la que no afecta el fallo, que carece de interés jurídico en obtener la anulación de un derecho que la favorece. Por eso ha reiterado la Corte la doctrina de que el recurso de casación está vinculado a la parte resolutiva de las sentencias, y en manera alguna a la motiva, pues la función doctrinaria de la Corte se ejerce sobre la base de la violación de la ley que haya conducido al tribunal a resolver el pleito en pro o en contra de la demanda.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Hechos

Por resolución número 606 de 9 de julio de 1936, procedente del ministerio de industrias y trabajo, fue confirmada la resolución dictada por la gobernación del departamento de Caldas, por medio de la cual se adjudicó al señor Manuel V. Blandón, a título de cultivador, el terreno baldío conocido con el nombre de "Los Pomos", con una extensión superficiaria de veinte hectáreas, ubicado en el municipio de Quimbaya, del citado departamento, comprendido por los linderos allí indicados.

Según escritura número 306, otorgada en la notaría de Quimbaya el 18 de junio de 1939, el señor Manuel V. Blandón enajenó a título de venta al señor Vicente Serrano, por la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) el mismo terreno de Los Pomos que el gobierno le había adjudicado, con las mejoras existentes de casa de habitación, sementeras de café, plátano, pastos artificiales, etc.

La demanda

Florentina Betancourt, esposa de Manuel V. Blandón. con quien se casó católicamente en la población de Finlandia el 24 de febrero de 1919, promovió demanda ante el juez civil de circuito de Armenia dirigida a que se declare:

a) — Sin valor ni efectos legales la adjudicación decretada en favor de Manuel V. Blandón, como baldío. del terreno de Los Pomos;

b) — Sin valor y efectos legales la venta que del mismo terreno hizo Blandón a Vicente Serrano;

c) — Que la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio de Blandón con la demandante Florentina es la dueña del inmueble de Los Pomos, materia de la adjudicación y venta anteriores; y

d) — Que en consecuencia los señores Vicente Serrano y Manuel V. Blandón están obligados a restituí a la sociedad conyugal antes nombrada la finca de Los Pomos.

Para darle razón o causa a su demanda alega la demandante que la finca de Los Pomos está integrada por los terrenos a que se refieren las compras que Manuel V. Blandón hizo separadamente a Rafael y Lázaro Castaño, a Rafael Castaño y a Ricardo Baena, según escrituras públicas números 471 de 26 de diciembre de 1930, de la notaría de Montenegro, 16 del 4 de febrero de 1924, de la notaría de Santa Isabel, y 1281 de 30 de agosto de 1926, de la notaría de Armenia, respectivamente.

Que con las varias adquisiciones anteriores logró el señor Blandón constituír una sola finca, que luégo hízose adjudicar como baldío por el gobierno, con el nombre de Los Pomos, mediante la resolución antes mencionada, finca que era por lo tanto de la so-

ciedad conyugal Betancourt-Blandón, formada antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, a pesar de lo cual el marido se la vendió a Vicente Serrano sin el concurso de la mujer de aquél, que es la demandante.

Los fallos de instancia

En el de la primera instancia fueron condenados los demandados en los términos de la demanda. Mas el tribunal judicial de Pereira revocó esta sentencia y en su lugar los absolvió.

El tribunal absolvió basado en el fundamento capital de la falta de demostración de la identidad y determinación del inmueble reivindicado. Luégo de examinar el contenido de las dos diligencias oculares practicadas una en cada instancia con fines a esa identidad, concluye así el tribunal:

"Queda, pues, claramente establecido que el lote delimitado en el número tres de la demanda por los linderos allí enunciados y que adquirió el señor Serrano del señor Blandón puede ser o no ser el mismo que se trata de reivindicar para la sociedad conyugal Betancourt-Blandón. Y ello es así porque las varias inspecciones oculares realizadas sobre el terreno con asocio de peritos y profesionales contienen cada una de ellas salvedades cuya estima en relación con la realidad, resulta imposible para el fallador. Valdría la pena preguntar: Si fuese declarada la reivindicación del inmueble, ¿cómo habría de hacerse entrega de dicho bien si a estas horas y después de dos inspecciones oculares no ha sido posible determinar el predio sub-judice?

Recurso de casación de la demandante

La demandante recurre en casación contra el anterior fallo.

Dentro de la causal primera formula al recurrente dos cargos contra la sentencia del tribunal.

Primer cargo

El tribunal al desconocer las identificaciones de la finca de Los Pomos de que dan cuenta las dos diligencias de inspección ocular practicadas en el juicio y los dictámenes periciales que complementaron tales inspecciones, incurrió en error de hecho y también en error de derecho por no haber aplicado las disposiciones del artículo 730 del código judicial que asigna el valor de plena prueba a los hechos y circunstancias observadas por el juez, y el artículo 722 del mismo estatuto, según el cual hace también plena prueba el dictamen uniforme de los peritos, sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan según su arte, profesión u oficio. El error de derecho indicado generó la violación de los artículos 946, 950, 952, 961 y 964 del código civil, reguladores de la acción reivindicatoria.

Se considera:

Leyendo detenidamente las dos inspecciones oculares practicadas en el juicio y los respectivos dictámenes periciales, que se produjeron con ocasión de ellas, se comprueba que los cargos formulados al sentenciador son infundados. En efecto:

1º — En la diligencia de inspección ocular practicada por el juez, folios 35 y 36 del cuaderno número 2 consta que se identificó la finca de Los Pomos por los linderos detallados en la resolución por medio de la cual le fue adjudicada dicha finca al señor Blandón como baldío.

2º — En la diligencia de inspección ocular de segunda instancia, folios 5 a 7 del cuaderno número 4, también hízose igual identificación. Allí se lee que "las partes en presencia del magistrado que practica esta diligencia, reconocieron que la finca o fundo rural a que se refiere la resolución número 606 del ministerio de industrias y trabajo es la misma cuya posesión se trata de reivindicar en este juicio y la misma también que Vicente Blandón vendió a Vicente Serrano por instrumento número 306 de 18 de junio de 1939, ya citada, pasada en la notaría de Quimbaya....."

3º — De la identificación anterior constatada por el juzgador sólo se infiere la existencia de la finca de Los Pomos, según se le adjudicó por el gobierno a Blandón, según éste vendióla a Serrano y según los linderos que le asigna la demanda.

4º — Pero esas identificaciones no comprueban que la finca de Los Pomos esté constituída por las tres adquisiciones que Blandón hiciera separadamente de Rafael y Lázaro Castaño, de Rafael Castaño y Ricardo Baena, en los años respectivamente de 1923, 1924 y 1926, según el hecho segundo de la demanda, el cual es básico en la reivindicación intentada.

5º — Este hecho está sin esclarecer procesalmente, pues ni las inspecciones oculares ni los dictámenes periciales dan cuenta satisfactoria de él. Se hizo notar qué es lo que consta en las inspecciones oculares. Ahora corresponde observar las conclusiones périciales.

6º — En el dictamen pericial de la primera instancia rendido por los señores Roberto Gómez Palacio y Jesús M. Salazar, éstos dijéron que "dando por ciertos los linderos que el doctor Benjamín Vallejo nos mostró en el momento de iniciarse la practica de la diligencia de inspección ocular, conceptuamos que la finca de cuya reivindicación se tra-

ta, o sea la determinada por su situación y linderos en el numeral tercero de la demanda, está integrada por los dos lotes de terreno de la situación y linderos transcritos en el numeral segundo de la misma demanda....." Los peritos fundáronse pues en una información unilateral del abogado del mismo demandante, para decir que la finca de Los Pomos está integrada por los lotes adquiridos por Blandón en los años de 1923, 1924 y 1926, de que se hizo mérito. No fue investigación propia de los peritos. Ellos manifiestan haberse atenido a los linderos que les **mostró** el abogado. Así ningún valor merece la aserción pericial.

7º — El experticio de la segunda instancia tendió a aclarar, teniendo por guía un croquis o diseño hecho por el abogado del demandante y acompañado al alegato de abril de 1942, folio 24 del cuaderno número 1, si la finca Los Pomos es o no parte del terreno de mayor cabida comprendido en la resolución emanada del ministerio de obras públicas y fomento de fecha 31 de julio de 1908 a favor de Florencio Echeverri, terreno denominado El Retiro. Con relación a los linderos de este terreno los peritos Cifuentes, Mejía y Chica dijeron que habían constatado que por la parte oriental están conformes los linderos, pero por la parte de abajo, o sea hacia el occidente "no pudimos encontrar los linderos o mojones de que hablan las escrituras". La opinión de los peritos se dividió luégo en lo tocante al punto de si la finca de Los Pomos es o no parte geográfica del lote adjudicado a Florencio Echeverri en 1908 como baldío. El perito Cifuentes estuvo por la afirmativa. Mejía expresó que no habiéndose encontrado el lindero occidental del terreno adjudicado a Echeverri no estaba en capacidad de afirmar que el terreno de Los Pomos estuviera comprendido en aquel terreno. Y Chica contestó que "la finca de Los Pomos es parte de lo que se dice adjudicado al señor Florencio Echeverri, pero de acuerdo con el croquis de la página 24 del cuaderno número primero". El croquis a que se refiere el perito fue trazado por el abogado del demandante. Sobre su exactitud no hay ninguna prueba en el proceso.

8º — De consiguiente ni con las inspecciones oculares ni con los dictámenes periciales se acreditó el hecho que es básico en la acción, consistente en que las adquisiciones que hiciera Blandón en los años de 1923, 1924 y 1926, reunidas componen la finca de Los Pomos que el mismo se hiciera adjudicar como baldío por medio de la resolución 606 de 9 de julio de 1936.

9º — En consecuencia el error evidente de hecho en que incurrió el tribunal al apreciar el acta de las inspecciones oculares y los dictámenes periciales está lejos de ser fundado, pues en tal error si hubiera incurrido el tribunal de haber hecho con esos elementos de convicción una apreciación contraria a la que hizo.

10º — Aun en el caso de haberse logrado identificar la finca que se le adjudicó a Florencio Echeverri en 1908 — identificación que no se obtuvo por haber faltado el reconocimiento del lindero occidental — de ese hecho no se deduciría inevitablemente que lo adquirido personalmente por Blandón antes de 1932 es exactamente lo mismo que luégo se hizo adjudicar como baldío en 1936.

11º — Por lo tanto carece de razón el recurrente en su ataque a la sentencia por error de hecho; y descartado éste se enerva la acusación por error de derecho, como quiera que para su justificación se parte del mismo fundamento.

Segundo cargo

Se basa en que el sentenciador cometió error de hecho por haber omitido la apreciación de los títulos mediante los cuales se hicieron tradiciones de dominio desde Florencio Echeverri; error de hecho que conduce a demostrar el de derecho por violación de las disposiciones en otra parte mencionadas. De acuerdo con los títulos de tradición que figuran en los autos, así de los presentados con la demanda como los obtenidos durante el término probatorio y que aparecen en el cuaderno número 3, la finca de Los Pomos tiene su origen en la adjudicación hecha por el gobierno nacional en 1908 a Florencio Echeverri, y todos los causahabientes de él derivan su derecho de acuerdo con dichos títulos.

Se considera:

El recurrente aspira pues a que le corte mediante un proceso comparativo de las varias alinderaciones que suministran los diferentes títulos traídos al proceso, deduzca que las adquisiciones hechas por Blandón en 1923, 1924 y 1926, corresponden a terrenos comprendidos dentro de la adjudicación hecha por el gobierno en 1908 a Florencio Echeverri.

Semejante pretensión acredita por sí sola la inanidad del cargo, pues el error de hecho, para que produzca en casación la infirmación de un fallo, requiere que sea evidente, manifiesto u ostensible. Y mal puede alcanzar ese carácter un error para cuya demostración se exige que la corte obrando cual si fuera tribunal de instancia acometa una confrontación de linderos con el fin de buscar los nombres de puntos arcifinios o convencionales que revelen coincidencias que conduzcan a establecer por meras inferencias y sobre el papel que determinada por-

ción territorial está encerrada por otra de mayor extensión, o enteramente superpuesta.

Ese análisis es más propio de peritos que de jueces. Colocados aquellos sobre el terreno, aprecian así mejor su configuración geográfica, y después de conocer todos los puntos de referencia y de leer objetivamente los títulos estarán mejor capacitados para llegar, no por inferencias sino por la clara visión de los hechos, a conclusiones ciertas y precisas sobre las identidades necesarias en orden a afirmar la correspondencia de los terrenos descritos en distintos títulos.

De manera que si ni el juez de instancia desde su oficina y con el solo auxilio de las diferentes alinderaciones de varios títulos, está generalmente capacitado para llegar a conclusiones ciertas sobre la identidad total o parcial de los terrenos referidos en los títulos, ¿cómo es posible que en casación prospere el cargo de error evidente de hecho contra la sentencia del tribunal por no haber aceptado la prueba de la identidad a través de la cadena de escrituras otorgadas desde varios lustros atrás?

Por último debe recordarse que ni siquiera la prueba pericial sirvió para identificar el terreno adjudicado a Florencio Echeverri en 1908, debido al hecho de no haberse precisado el lado occidental.

Todo lo anterior pone de bulto la falta de fundamento del cargo examinado.

Recurso de casación del demandado

El demandado señor Serrano interpuso también el recurso de casación contra la sentencia del tribunal, sin embargo de haberle sido totalmente favorable, como quiera que por su virtud quedó absuelto de los cargos de la demanda.

El recurso se dirige a formularle reparos a considerandos del fallo del tribunal sobre la procedencia en derecho de la demanda de reivindicaciones propuesta, no obstante los cuales el tribunal absolvió, basado en la dificultad de hecho que puso de presente; de manera que aquellos considerandos carecieron de influencia en la solución del pleito.

Se considera:

Si bien es cierto que finalidad propia del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la exposición doctrinaria, no por eso la función de la sala de casación civil es académica en el sentido de que tenga libertad para ocuparse de todos los temas que se le propongan aun de los que carezcan de influencia sobre la parte dispositiva de los fallos.

El recurso está limitado por su finalidad secundaria de reparar el agravio que se haya cometido contra una de las partes por una interpretación equivocada de la ley. De ahí que el recurso sea de **casación**, es decir, de anulación de lo **resuelto** por el tribunal.

Por tal motivo sólo tiene el derecho de interponerlo la parte desmejorada con la sentencia, que es a la que acompaña el interés debido. No la parte a la que no afecta el fallo, que carece de interés jurídico en obtener la anulación de un decreto que la favorece.

Por eso la corte ha reiterado varias veces la doctrina de que el recurso de casación está vinculado a la parte resolutiva de las sentencias, y en manera alguna a la motiva. Pues la función doctrinaria de la corte se ejerce sobre la base de la violación de la ley que haya conducido al tribunal a resolver el pleito en pro o en contra de la demanda.

En sentencia de casación de 30 de octubre de 1936, dijo la sala:

"La Corte persiste en su doctrina expuesta en los años de 17 y 23, porque si es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines principales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 519 del código de procedimiento, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien está interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarle. En casos como el que contempla, nada ganarían los recurrentes con un fallo de casación y con la subsiguiente sentencia de instancia, porque ellos quedaron vinculados a la sentencia del Juez, con la cual se conformaron, sentencia que fue confirmada, sin modificación alguna, por la del Tribunal". (Gaceta Judicial, número 1918, pág. 463).

Y en sentencia de 14 de marzo de 1938, repitió:

"Por su parte Cortés no tenía por qué recurrir en casación ni impugnar la sentencia porque ésta le reconoció la cantidad demandada y con eso se conformó el actor, a quien no le interesaba la crítica de la parte motiva del fallo. Si así no fueran las cosas todo litigante favorecido por una sentencia tendría que apelar de ella cuando no le parecieran jurídicas las razones en que se apoya la parte resolutiva que lo favorece y que es definitiva lo que interesa al demandante".

"La parte motiva de una sentencia la corrige, cuando es el caso, el superior por vía de doctrina, pero no es al litigante que ha triunfado a quien in-

cumbe esa misión. Por eso, no obstante no haber recurrido el señor Cortés, puesto que la sentencia le era favorable, la Corte ha avocado el conocimiento del pleito principal como fallador de instancia en este caso. Es pertinente observar que en nuestro sistema legal de lo que se apela o recurre es de la parte resolutiva de un fallo y no la parte motiva; las legislaciones francesas y alemanas sí tienen establecido que puede recurrirse en casación por concepto de la parte motiva de una sentencia, pero esto no pasa en la legislación colombiana". (Gaceta Judicial, número 1,934, página 233).

Sentencia

A mérito de las consideraciones expuestas la sala de casación civil de la corte suprema de justicia, administrando ésta en nombre de la república y por autoridad de la ley declara que no es el caso de casar, y en efecto no casa la sentencia recurrida dictada en este juicio ordinario de Florentina Betancourt contra Manuel F. Blandón y Vicente Serrano, por el tribunal superior del distrito judicial de Pereira.

Por haber recurrido también el demandado no hay costas en el recurso de casación contra la demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese el fallo en la Gaceta Judicial.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE PRESCRPCION ADQUISITIVA DE UNA FINCA RAIZ

1. — Habiendo sido señaladas en la demanda las personas "que debían asumir el carácter de parte demandada", se situó el actor, procedimentalmente, en el caso previsto por el artículo 4º de la ley 120 de 1928, por lo cual no había necesidad de emplazar a nadie y en ese caso es improcedente la acusación por falta de emplazamiento. Además, quienes podrían invocar la posible nulidad proveniente de falta de emplazamiento serían las personas no emplazadas debiendo haberlo sido, como repetidas veces lo ha dicho la Corte.

2. — La contradicción entre la sentencia y el derecho defendido, o entre aquélla y las pruebas, no está prevista como causal de casación por el numeral 3º del artículo 520 del Código Judicial.

3. — Para que el Juez pueda hacer la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva es obvio que quien aspira a ella tiene que presentarle las pruébas de que ha poseído realmente el inmueble por el tiempo requerido para la prescripción y por medio de los hechos positivos que dan derecho al dominio, según el Código Civil. Así lo exige el artículo 5º de la ley 120 de 1928. Y es claro que está obligado a presentar esas pruebas porque como en esta clase de juicios puede, el que promueve la acción, escoge, en cierto modo, a su arbitrio el demandado, si no se le exigieran aquellas pruebas cualquiera podría valerse de este procedimiento para obtener, en connivencia con el demandado, la declaración de pertenencia de determinado inmueble, aun sin ser poseedor de él. Por otra parte: es cierto que el artículo 11 de la ley da al opositor en esta clase de juicios la calidad de demandante si no está en posesión de la finca, y como demandante tiene que probar su derecho. Pero si ninguna prueba aduce, ello no es suficiente para declarar la pertenencia por prescripción en favor de quien promovió el juicio, porque el promotor de la acción también debe probar, por su parte, la posesión por el tiempo y con las condiciones requeridas para adquirir por prescripción. Hay una a manera de juicio doble cuando se presenta como opositor, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los hechos que le incumben no exime a la otra parte de la carga de la prueba en lo que le corresponda.

4. — La acción de bienes vacantes, regulada por el Título XXIII del Código Judicial, no puede involucrarse con la de declaración de pertenencia de una finca raíz por prescripción adquisitiva de dominio, también especial, establecida y reglamentada por la ley 120 de 1928.

5. — Cuando la objeción contra el dictamen pericial se declara fundada la prueba cae; pero si se declara infundada, ello apenas significa que el dictamen es digno de ser considerado por el juzgador, no que de una vez se le asigne valor suficiente para desatar el litigio en determinado sentido.

6. — Si bien es verdad que un ocupante sin ánimo de dueño y señor, es decir, no poseedor, pueda dar en arrendamiento una cosa, la calidad de arrendador por largo tiempo y declarada por un arrendatario que siempre ha tenido como dueño a tal arrendador, es un acto innegable de posesión, porque es un hecho jurídico tan valioso por lo menos como los hechos meramente materiales.

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

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

Cumplidos, como se hallan en el presente caso, todos los trámites del recurso de casación, la Corte procede a decidir acerca de él.

Se trata de un juicio sobre pertenencia "o declaratoria de prescripción adquisitiva extraordinaria", como dice el actor, de un lote de terreno y sus mejoras, ubicado en la ciudad de Cali, señalado en la demanda por sus linderos, y del cual afirma Herminia Llanos estar en posesión hace más de treinta años.

El juicio fue iniciado por el doctor Antonio Mondragón Guerrero como apoderado quien afirmó en su demanda que dicha señora ha vivido desde tiempo inmemorial en el inmueble de que se trata junto con otras personas de su familia a las que ha sus-

tentado con el fruto de su trabajo, motivo por el cual, dice el libelo, tales personas "convinieron en que ella tomaría posesión del lote ameritado como dueña ya que consideraban el lote abandonado por el posible titular, que entonces no conocían".

La sentencia de primer grado negó las súplicas de la demanda por cuanto el actor no adujo pruebas en esa instancia.

La sentencia recurrida

Apeló del fallo el doctor Mondragón Guerrero y en la segunda instancia sí solicitó e hizo practicar pruebas; pero el Tribunal Superior de Cali, después de analizarlas, dice que la parte demandante "no logró demostrar en forma plena y completa los hechos que alegó en su libelo de demanda", pues "no comprobó la posesión pacífica, pública y no interrumpida, ejercitada por actos de aquellos a que sólo da derecho el dominio por un tiempo de treinta años...."

En consecuencia, el Tribunal confirmó el fallo del Juez advirtiendo que lo hacía por motivos diferentes del que había tenido en cuenta el sentenciador de primera instancia.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el doctor Mondragón Guerrero y para sustentar su recurso ha presentado dos alegatos de quince y veintiocho páginas respectivamente. El primero de dichos escritos se divide en los siguientes apartes: resumen de los hechos e historia del juicio; sentencia de primera instancia; "secuela y sentencia de segunda instancia"; "resumen de las pruebas que me fueron negadas en la segunda instancia"; y causales en que funda la casación. Esta última parte la subdivide en los siguientes capítulos: 1º, "violación por la sentencia de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea; 2º, apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas; 3º, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el doctor Mondragón; 4º, contener la sentencia ameritada, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias, a pesar de haberse pedido en tiempo la aclaración de ellas.

El segundo alegato comienza igualmente por hacer una historia del proceso y de ciertos incidentes importantes del mismo; y en seguida entra a formular por capítulos separados, hasta doce cargos contra la sentencia recurrida, con un epílogo que denomina "violación constitucional".

Las causales de casación invocadas por el recurrente son las de violación directa de la ley e indirecta por error de hecho y de derecho al apreciar las pruebas; incongruencia entre el fallo y la demanda, y contener la sentencia, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias, a pesar de haberse pedido en tiempo la aclaración de ellas.

Por último: aun cuando en la enunciación de las causales de casación no menciona la del numeral 6º, artículo 520 del Código Judicial, es lo cierto que hacia el fin del segundo alegato y como duodécimo cargo contra la sentencia del Tribunal dedica el recurrente un capítulo, marcado con el número XIII, a sostener esta tesis: "La sentencia está incursa en nulidad conforme los numerales 2 y 3 del artículo 448 del Código Judicial", por ilegitimidad de la personería de la parte demandada.

La Corte, por razón de método, examina las causales en su orden lógico, no en el que están planteadas por el recurrente.

Causal 6ª Nulidad del procedimiento

Funda el recurrente este motivo de casación en que al demandar solicitó "se hicieran las citaciones a personas no conocidas, en armonía con los artículos 6º y 7º de la Ley 120 de 1928"; y en que él pidió se siguiera determinado procedimiento, "las formas del juicio especial establecido por la Ley 120 de 1928, lo cual no se hizo, de manera que no se ha llenado la plenitud de las formas propias de dicho juicio, contra lo que preceptúa la Constitución Nacional.

Sobre este motivo de casación se considera:

La Ley 120 de 1928 creó y reglamentó una acción para que quien tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio sobre determinado bien pueda pedir al Juez la declaración de que le pertenece.

El apoderado del opositor en el presente recurso de casación hace notar que respecto de dicha acción pueden presentarse tres casos: 1º, que la demanda se dirija contra personas ciertas y determinadas, y entonces deberá seguirse con ellas un juicio ordinario, según lo dispone el artículo 4º de la ley; 2º, que la demanda no se dirija contra personas conocidas, o, como dice el artículo 5º de la ley, "presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción", y en tal caso se sigue el juicio con el Agente del Ministerio Público y se emplaza a los que se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate; y 3º, si el Agente del Ministerio Público o un tercero hiciere oposición a la declaratoria de pertenencia impetrada, se seguirá con el opositor un juicio ordinario.

Acertadamente observa el Tribunal sentenciador que el demandante designó en su demanda las personas "que debían asumir el carácter de parte deman-

dada", de manera que se situó procedimentalmente en el caso previsto por el artículo 4º de la Ley 120 de 1928, y "al juicio se le ha dado la tramitación que correspondía de conformidad con los términos del libelo de demanda".

Si habiéndose propuesto la acción contra personas concretamente señaladas y nombradas en la demanda se siguen los trámites previstos para el caso de que los demandados sean inciertos o desconocidos, podría el juicio quedar viciado de nulidad en razón de haberse desatendido la personería de la parte demandada.

Pero aquí ocurrió cabalmente lo contrario: que habiéndose demandado a presupuestos interesados no se emplazó a nadie, pues no era el caso; y entonces resulta improcedente el cargo de nulidad como el Tribunal lo hace ver diáfanamente en su sentencia.

Además, quienes podrían invocar la posible nulidad proveniente de falta de emplazamiento serían las personas no emplazadas debiendo haberlo sido, como repetidas veces lo ha dicho la Corte.

Por todo ello se rechaza el cargo de nulidad.

Causal 3ª: Contener la sentencia, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias, a pesar de haberse pedido en tiempo la aclaración de ellas.

Sostiene el recurrente que habiendo dirigido su acción no sólo contra personas determinadas sino también contra otras inciertas que hubieran podido oponerse, al trabarse la oposición debía quedar el opositor en calidad de demandante y la señora Llanos en situación de demandada, para efectos de la carga de la prueba. Y sobre esa base razona así:

"..... a pesar de que pedí que se le diera una posición de demanda, el Honorable Tribunal de Cali la llevó al través de la secuela, lo mismo que el Juzgado, a la posición de reo, a reivindicar lo mismo que posee la señora Llanos, cuando esa reivindicación le tocaba alegarla a la contraparte. Es tan contradictoria la sentencia, Honorables señores Magistrados, que es una de aquellas que no pueden ejecutarse. Fue una vuelta ilegal que volvió a salir al mismo punto de partida. Además ella borró el atrincheramiento de las excepciones de prescripción de acción, distinta a la prescripción adquisitiva que yo hubiera podido alegarla a la contra-parte en nombre de Herminia Llanos".

Se contesta: La parte resolutiva del fallo emitido por el Tribunal Superior de Cali se limita a confirmar la sentencia del Juez; y ésta dice simplemente que "NIEGA la declaración de dominio por prescripción adquisitiva, solicitada por el doctor Antonio Mondragón Guerrero, como apoderado de la señora Herminia Llanos".

La sencillez de la fórmula empleada tanto en la sentencia de primer grado como en la de segundo es tal que cada una de ellas contiene una sola proposición, y tan simple, que no sería posible hallar contradicción en sus términos.

La contradicción entre la sentencia y el derecho defendido, o entre aquélla y las pruebas, que parece ser lo que quiere alegar el recurrente, no es la prevista como causal de casación por el numeral 3º del artículo 520 del Código Judicial.

Por otra parte, ni a raíz de la sentencia de primera instancia ni luégo de proferida la del Tribunal se solicitó aclaración alguna ni se objetó contradicción. Faltan así los dos requisitos exigidos por la ley para que esta causal sea viable pues ni hay contradicción en la parte resolutiva de la sentencia ni el recurrente hizo observación alguna sobre el particular en las instancias.

Se rechaza, pues, el cargo.

Causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Ataca el recurrente la sentencia por violación directa de la ley sustantiva y por violación indirecta de la misma ocasionada por error de hecho y error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Primer capítulo: violación directa de la ley sustantiva.

Dice el recurrente que la sentencia quebrantó los artículos 6º, 7º y 11 de la Ley 120 de 1928 por cuanto el último de ellos dispone que el opositor en esta clase de juicios será considerado como demandante si no está en posesión de la finca; que el actor solicitó tenazmente del juzgador de instancia que tuviera al opositor Lenis como demandante, a lo cual se negó siempre tal juzgador, no obstante que el doctor Mondragón Guerrero pidió repetidas veces la nulidad de lo actuado; y que por el error de no haberse tenido a Herminia Llanos como demandada sino como demandante se hizo recaer sobre ella la carga de la prueba, cuando era al opositor a quien incumbía dar la prueba de su oposición. Observa, por último, el recurrente en lo tocante a este cargo que el juicio debía seguirse también con el Agente del Ministerio Público porque en el caso de no demostrar sus derechos el aspirante a la declaración de pertenencia, ni el opositor la razón de su

oposición, el bien de que se trata debiera considerarse como vacante.

Sostiene también que la sentencia violó el artículo 2531 del Código Civil que, según el recurrente, "exige también la posición de demandante del opositor". Y que es violatoria de la Ley 50 de 1936 sobre reducción de lapsos para prescribir, porque el Tribunal afirma que los lapsos así reducidos sólo pueden computarse a partir de ese año, sobre lo cual quiere el recurrente que la Corte siente jurisprudencia.

Principiando por el último de estos puntos baste advertir que la Corte, en Sala Plena, definió ya la cuestión que el recurrente suscita, a propósito de una demanda de inexequibilidad y cabalmente en el sentido en que él mismo dice que se pronunció el Tribunal.

Ahora, respecto de violación de la ley sustantiva por no haberle asignado expresamente al promotor de la acción la calidad de demandado, y la de demandante al opositor, se considera: Para que el Juez pueda hacer la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva es obvio que quien aspira a ella tiene que presentarle las pruebas de que ha poseído realmente el inmueble, por el tiempo requerido para la prescripción y por medio de los hechos positivos que dan derecho al dominio según el Código Civil: así lo exige el artículo 5º de la Ley 120 de 1928.

Y es claro que está obligado a presentar esas pruebas porque como en esta clase de juicios el que promueve la acción puede, en cierto modo, escoger a su arbitrio el demandante, si no se le exigieran aquellas pruebas, cualquiera podría valerse de este procedimiento para obtener, en connivencia con el demandado, la declaratoria de pertenencia de determinado inmueble aun sin ser poseedor de él.

Por otra parte: es cierto que el artículo 11 de la Ley da al opositor en esta clase de juicios la calidad de demandante si no está en posesión de la finca, y como demandante tiene que probar su derecho. Pero si ninguna prueba aduce, ello no es suficiente para declarar la pertenencia por prescripción en favor de quien promovió el juicio, porque el promotor de la acción también debe probar, por su parte, la posesión por el tiempo y con las condiciones requeridas para adquirir por prescripción.

Hay una a manera de juicio doble cuando se presenta como opositor, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los hechos que le incumben no exime a la otra parte de la carga de la prueba en lo que le corresponde.

La renuencia de los juzgadores de instancia a concederle el calificativo de demandado al apoderado doctor Mondragón Guerrero, promotor indudable de la acción, y a asignarle el nombre de demandante al opositor Lenis, no tuvo repercusión alguna en cuanto al fondo del fallo pues éste no se pronunció en favor de Lenis sino que apenas se negó a declarar que el inmueble en cuestión le pertenezca a Herminia Llanos por prescripción adquisitiva. Y lo demuestra para este caso, la simple consideración de que si Lenis que fue opositor en este juicio intentara luégo juicio reivindicatorio contra Herminia Llanos, ésta podría oponerle la excepción de prescripción sin que para ello fuera óbice el fallo que le negó la declaración de pertenencia.

Ahora: la sugerencia hecha por el señor abogado recurrente que de acogerse podría redundar en perjuicio de su mandante, en el sentido de que debe citarse al Agente del Ministerio Público para que "tenga derecho a salir al reclamo de cualquier inmueble como un bien vacante en el mismo juicio que se ha trabado" no es reparo admisible porque la acción de bienes vacantes, regulada por el Título XXIII del Código Judicial, no puede involucrarse con la otra, también especial, establecida y reglamentada por la Ley 120 de 1928.

Y porque habiéndose determinado de manera precisa en el libelo las personas contra quienes se pretendía hacer valer la prescripción (artículo 4º de la Ley 120), no era el caso de dar traslado al Agente del Ministerio Público, con quien sólo se adelanta la acción en caso de ser inciertas o desconocidas las personas contra las cuales se trata de alegar la prescripción (artículo 6º y 7º, ibídem).

No hubo, pues, violación directa de la ley sustantiva, porque en realidad no se quebrataron las disposiciones que como violadas señala el demandante, a saber, los artículos 6º, 7º y 11 de la Ley 120 de 1928 de los cuales el 6º y el 7º, dicho sea de paso, de ningún modo admiten la calificación de ley sustantiva. Por el contrario, el juicio se tramitó de acuerdo con esas disposiciones. Y tampoco resulta violado, por este aspecto, el artículo 2531 del Código Civil.

Por todo ello se rechazan los cargos de violación directa de la ley sustantiva.

Segundo Capítulo: violación indirecta de la ley sustantiva, por apreciación errónea o por falta de apreciación de las pruebas.

Los cargos que repetidas veces formula el recurrente contra la sentencia, por el aspecto enunciado, y no sólo en la parte de sus alegatos dedicada especialmente al ataque sobre la cuestión de pruebas,

sino en diversos pasajes de aquellos extensos alegatos, pueden sintetizarse así:

A) La sentencia desestimó un dictamen pericial practicado mediante inspección ocular en la cual fueron interrogados testigos que, prácticamente, señaló el Magistrado, pues el demandante, para hacer más pura la prueba, no quiso pedir de antemano que se interrogara a determinadas personas sino a aquellas que el Magistrado quisiera entre las que se hallaran, al tiempo de practicar la diligencia, en el lugar donde ésta debía efectuarse. Agrega el recurrente que el dictamen pericial fue objetado por su contraparte; que las objeciones se declararon infundadas y, aún más, el Magistrado impuso al objetante una multa en favor de la parte actora: todo ello indica, en concepto del recurrente, que el dictamen pericial se consideró entonces como prueba de valor pleno, y sin embargo la sentencia recurrida desestimó tal prueba

B) La abundante prueba testimonial aducida para demostrar que Herminia Llanos está hace más de treinta años en posesión del terreno cuya declaración de pertenencia solicitó, también fue prueba desestimada, no obstante la armonía que entre sí guardan las declaraciones y la forma precisa y detallada en que dan razón de los hechos;

C) Tampoco se estimó en el valor que legalmente le correspondía la prueba de indicios que pueden calificarse como necesarios;

D) Ni siquiera la prueba de confesión hecha al contestar la demanda se tuvo en cuenta, como tampoco la escritura pública presentada por Elías Lenis en la cual, según dice el recurrente, hace Lenis importantes confesiones favorables a Herminia Llanos. Cita como disposiciones sustantivas indirectamente violadas por esta errónea apreciación de pruebas los artículos 1757, 1759 y 1769 del Código Civil; del Código Judicial los artículos 593, 594, 597, 603, 609, 663, 664 y 665, y la Ley 120 de 1928.

Sobre estos cargos de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas considera la Corte:

El Tribunal llama la atención, en su sentencia y antes de entrar en el análisis de las pruebas, sobre la circunstancia de que la demandante dirigió la acción en contra de cuatro posibles opositores, a saber: Raquel Llanos de Núñez, María Ignacia Llanos, Leopoldina Llanos y Elías Lenis; y que sólo este último se opuso a la declaración de pertenencia solicitada por Herminia Llanos, pues al contestar el libelo, las otras tres demandadas aceptaron las pretensiones de la promotora de la acción y los hechos en que ésta se funda; de suerte que el debate probatorio se trabó únicamente entre Elías Lenis por una parte y Herminia Llanos por la otra. La sentencia recurrida consideró innecesario examinar las pruebas traídas por el opositor Lenis, y se limitó al análisis de las producidas por el apoderado de la parte que promovió el juicio; por eso el estudio de la Corte acerca de la estimación de pruebas hecha por la sentencia recurrida habrá de concretarse al aspecto de apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas aducidas por dicha parte.

Al contestar la demanda las tres señoras de apellido Llanos convinieron en que son ciertos los hechos pertinentes en que ella se apoya; y aun manifiestan causarles extrañeza el que Herminia las demande pues siempre han reconocido el dominio de ella en el inmueble de que se trata y le pagan arrendamiento. El demandado Elías Lenis, por el contrario, niega los hechos de la demanda y afirma ser dueño del predio en cuestión para lo cual presenta una escritura pública otorgada en mayo de 1908 y en la cual aparece que Paulina Borrero le vende dos plazas de tierra; allí se dice que en la venta entran también dos solares continguos "que están actualmente ocupados, dice la escritura, por las señoras Victoria Tigreros y Teresa Domínguez sin título alguno de propiedad....." Observa el recurrente que el mismo título presentado por Lenis contiene una confesión (implícita al menos) en favor de Herminia Llanos, sucesora o continuadora de la posesión de Teresa Domínguez, puesto que reconoce que ésta ocupaba el lote desde 1908, fecha de la escritura o, mejor dicho con anterioridad a esa fecha.

El Tribunal nada dijo en su sentencia sobre esta prueba.

Prueba pericial. — Considera la Corte que fue acertada la desestimación de esta prueba por parte del Tribunal sentenciador, porque los peritos, en vez de limitarse a conceptuar sobre lo que era de su incumbencia, entraron a dictaminar acerca de las conclusiones jurídicas que debían deducirse de la inspección ocular y de las informaciones obtenidas en esta diligencia por el dicho de habitantes del inmueble visitado, "cuestiones de estricto derecho, dice con toda razón el Tribunal, que correspondía al fallador decidir en la sentencia"; tales como definir el punto relativo a la posesión y el de a quién deben pertenecer los frutos de la cosa; hasta llegan a estampar en su dictamen frases como ésta: "es necesario concluír, de acuerdo con el artículo 762 del C. Civil, que ésta (Herminia Llanos) es dueña de la casa que se halla edificada en el lote". Es justa la censura del Tribunal a la intromisión de los peritos en cuestiones de la privativa competencia del juzgador, de manera que el cargo formulado contra la sentencia por la desestimación de esta prueba no prospera. El hecho de que se hubiese declarado infun-

dada la objeción de la contraparte no obligaba al Tribunal a tener por sólo eso como prueba plena el dictamen pericial. Cuando la objeción contra éste se declara fundada, la prueba cae; pero si se declara infundada, ello apenas significa que el dictamen es digno de ser considerado por el juzgador, no que de una vez se le asigne valor suficiente para desatar el litigio en determinado sentido.

Prueba testimonial. — En la apreciación de ésta sí estima la Corte que incurrió el sentenciador de instancia en errores para puntualizar los cuales conviene hacer una reseña de las declaraciones producidas en el juicio.

Los declarantes Aníbal Jordán Z. y Manuel María Umaña dicen que en el mes de abril de 1889, época en que Teresa Domínguez, madre de las Llanos vivía en el inmueble a que se refiere este proceso, presenciaron el convenio celebrado entre dicha Teresa y tres de sus hijas por una parte, y Herminia Llanos por la otra, según el cual ésta había de continuar en adelante como única poseedora del inmueble que, dicen los testigos, "en esa época hacía muchos años que Teresa Domínguez poseía". Los declarantes recuerdan el hecho y aún su fecha aproximada, no obstante haber ocurrido cincuenta años antes, merced a una circunstancia para ellos memorable y que no deja de tener relación con el convenio de las Llanos, a saber: que ese día Teresa Domínguez de Llanos tenía fracturado el hueso ilíaco, motivo por el cual el testigo Umaña había sido llamado a prestar sus servicios como sobandero, y el otro testigo era su acompañante. Ambos dicen que Herminia entregó en esa ocasión a Teresa Domínguez, madre de ella, sesenta pesos ($ 60.00) para los gastos del caso. Los declarantes identifican, además, el lote por su situación y linderos.

Al referirse a estas dos declaraciones incurre en error el Tribunal pues afirma que no aparecen contestes y que los testimonios no son responsivos, exactos y completos. Una simple lectura de ellos hace ver que sí son responsivos pues contestan punto por punto los propuestos en el interrogatorio; que no adolecen de vaguedad, de suerte que sí son exactos; que las declaraciones son perfectamente acordes pues su redacción es igual, salvo la frase alusiva a que uno de los testigos fue como sobandero y el otro fue apenas como acompañante, luego la afirmación de que no son contestes resulta errónea.

Ahora: pueden no ser completos los dos testimonios en cuanto sólo se refieren a la fecha en que principió Herminia Llanos a poseer el terreno. Y el Tribunal anota que no demuestran la posesión continua, quieta y pacífica por parte de la actora. A esto observa la Corte que esos dos testimosios pueden no ser completos para comprobar todos los hechos o circunstancias que en este juicio debían establecerse, pero que el Tribunal yerra al considerarlos no completos en cuanto al episodio que relatan respecto del cual sí lo son.

Manuel de Jesús Morales declara ser arrendatario de Herminia Llanos desde hace treinta y cinco años de una parte del terreno de que se trata y que allí construyó una ramada que es de su propiedad. Dice el Tribunal que esta declaración es imprecisa porque no determina la fecha inicial de los treinta y cinco años, ni explica si el testigo ha pagado el precio o renta del arrendamiento "en forma permanente e ininterrumpida durante esos treinta y cinco años"; y que el hecho afirmado de ser el testigo arrendatario no es suficiente para demostrar la posesión material de Herminia Llanos, "porque el arrendamiento es a título precario, dice el Tribunal, no transmite sino la tenencia de la cosa, o porque un ocupante que tenga sin ánimo de dueño y señor puede y está capacitado legalmente para arrendar una cosa".

Yerra el Tribunal en cuanto considera imprecisa la declaración de Morales por no expresar la fecha en que principiaron los treinta y cinco años de que data su arrendamiento: sólo actos muy señalados de la vida permiten conservar un recuerdo exacto de una fecha cuando ha transcurrido lapso tan considerable. Y en cuanto a la circunstancia de que el testigo haya cubierto o nó, "en forma permanente e ininterrumpida" la renta, se ve claro que es indiferente para desvirtuar el hecho capital de que habla el declarante: que desde hace treinta y cinco años viene aceptando la calidad de arrendatario de Herminia Llanos; por otra parte, su testimonio no sería el más adecuado para probar que ha pagado cumplidamente el precio del arrendamiento, de suerte que la omisión del testigo en pronunciarse sobre este punto circunstancial no tiene por qué hacer que se desestime la declaración.

Es verdad, como lo dice el Tribunal, que un ocupante sin ánimo de dueño y señor, es decir, no poseedor, pueda dar en arrendamiento una cosa. Pero la calidad de arrendador por tan largo tiempo y declarada por un arrendatario que siempre ha tenido como dueño a tal arrendador, es un acto innegable de posesión, porque es un hecho jurídico tan valioso por lo menos como los hechos meramente materiales.

Heliodoro Núñez afirma haber vivido hace veinticinco años en una casita que construyó en parte del lote cuya pertenencia reclama Herminia Llanos, construcción que hizo con permiso de ella a quien desde entonces viene pagando arrendamiento por el terreno ocupado. Dice el Tribunal que de estos he-

chos no se deduce la posesión ininterrumpida, quieta, pacífica, pública y notoria por treinta años que es el lapso indispensable para la prescripción extraordinaria; que el arrendador puede tener la cosa no como poseedor sino a título precario, sin ánimo de señor o dueño, y que éste es un solo testigo.

No es testigo único, pues acaba de verse que Manuel de Jesús Morales también declara en igual sentido, de manera que en este punto hay un error; y sobre los otros reparos a esta declaración pueden hacerse observaciones análogas a las que acaban de consignarse para el declarante Morales.

Pascual Caicedo J. dice que conoce desde hace veintitrés años el terreno de que se trata y que ha trabajado allí por cuenta de Herminia Llanos en derriba de árboles y hechura de cercas. El Tribunal desestima esta declaración porque el testigo no precisa en qué tiempo ha efectuado esos trabajos ni expresa si la Llanos se los pagó. Encuentra la Corte que hay error en estas apreciaciones no tanto por lo rigoristas, sino porque el sentenciador no se fijó o no menciona otro hecho muy significativo de que habla el declarante cuando dice: "'También le he construído varias piezas a Herminia Llanos". La derriba de árboles, la hechura de cercas y la construcción de piezas en el inmueble ocupado por la persona que ordena ejecutar tales trabajos y por cuya cuenta se llevan a cabo, cuando el operario la tiene por dueña y cuando nadie se opone a esas labores, son por excelencia hechos materiales indicativos de posesión.

Sobre otros testimonios de menor significación, pero corroborantes de los que se han reseñado, podrían formularse análogas observaciones. Pero además de los reparos que a propósito de la apreciación del Tribunal acerca de cada uno de los testimonios se acaban de enunciar, y que hacen ver los errores de detalle en que incurrió el sentenciador, es notorio el error de derecho consistente en haber tomado cada uno de los testimonios para analizarlo aisladamente y sin relacionar unos con otros. Las declaraciones de Jordán y Umaña, por ejemplo, no sirven para probar que la posesión de Herminia Llanos tenga treinta años, pero sí para demostrar que principió el año de 1889. En cambio los testigos Núñez y Morales no indican la fecha inicial de aquella posesión por parte de Herminia, pero sí que la han reconocido como dueña, en calidad de inquilinos, el uno por treinta años y el otro durante treinta y cinco años. Los dos grupos de testigos se complementan y deben ser apreciados en conjunto. Insuficiente sería el dicho de Pascual Caicedo para acreditar por sí solo la posesión pues habla por conocimiento que sólo data de veintitrés años; pero su testimonio, relacionándolo con el de los cuatro testigos que se acaban de mencionar, reviste mucha importancia pues en algunas épocas, aún cuando el declarante no las precise, ha trabajado por orden y cuenta de Herminia Llanos en el terreno de que se trata, ejecutando hechos que por excelencia son demostrativos de posesión.

Con las observaciones que preceden no se ha propuesto la Corte formular simplemente una nueva apreciación de las pruebas para deducir de ella que el Tribunal se equivocó, pues no se trata de fallar el juicio en tercera instancia. De lo que se trata es de hacer ver cómo la estimación en conjunto de los cinco testimonios, relacionándolos entre sí como manda la ley, produce un efecto probatorio contrario del que resulta tomándolos uno por uno y desconectados, efecto este último que induce a error por falta de la apreciación conjunta de pruebas que se complementan entre sí.

Estos errores, que son violación directa de los artículos 594 y 597 del Código Judicial, entre otros, llevaron al Tribunal a considerar y declarar no probadas las pretensiones de la parte actora, negativa con la cual incurre la sentencia en violación indirecta de disposiciones sustantivas citadas en la demanda de casación y en el presente fallo como son los artículos 762, 780 y 981 del Código Civil, sobre posesión y su prueba, 2531 del mismo Código, sobre prescripción adquisitiva del dominio, y Ley 120 de 1928 sobre derecho a obtener la declaración de pertenencia cuando se ha demostrado la prescripción adquisitiva.

Prospera, pues, el recurso por tal motivo, conclusión que hace inoficioso examinar la otra causal invocada, incongruencia del fallo con las peticiones oportunamente aducidas por las partes, causal que, por otra parte, tampoco encontraría base.

Corresponde a la Corte pronunciar el fallo que ha de sustituír al invalidado.

Los considerandos formulados a propósito de la causal 1ª de casación, sirven, al propio tiempo, como parte motiva de la decisión que debe reemplazar la del Tribunal, pues el análisis de las pruebas hecho con mira a saber si resultaba fundado o nó el cargo de error de hecho o de derecho en la apreciación de ellas, muestra que sí resulta establecido en legal forma el hecho fundamental de la demanda, a saber, que Herminia Llanos ha poseído por el tiempo y con los requisitos que la Ley exige, el inmueble cuya pertenencia reclama. Y en cuanto a las pruebas producidas por el opositor Elías Lenis resulta: que intentó aducir una testimonial que no demuestra nada en favor de su pretensión de dominio sobre el mismo inmueble; y que la escritura pública por la cual dice haber adquirido tal dominio, escritura otor-

gada el año de mil novecientos ocho, más bien redunda en pro de Herminia Llanos, pues aquel instrumento dice que en la venta de dos plazas de tierra que Paulina Borrero le hace a Elías Lenis entra también la de dos solares contiguos "que están actualmente ocupados, dice la escritura, por las señoras Victoria Tigreros y Teresa Domínguez, sin título alguno de propiedad....." Como en otro pasaje de la presente sentencia se advierte, esta declaración hecha en instrumento público suscrito por Lenis como parte, demuestra que desde el año de mil novecientos ocho el lote de que se trata estaba ocupado por Teresa Domínguez, antecesora de Herminia Llanos.

Con base en todas las razones expresadas la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1º Invalídase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali con fecha doce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro;

2º Revócase la que en este mismo juicio profirió el Juez 2º del Circuito de Cali con fecha veinte de septiembre de mil novecientos treinta y nueve;

3º En su lugar se declara que a Herminia Llanos le pertenece, por prescripción adquisitiva del dominio, el lote de terreno con sus correspondientes mejoras, ubicado en Cali y demarcado por los siguientes límites: por el norte, con la carrera quince (15); por el sur, con propiedad de Elías Lenis y Julia Montoya; por el occidente, con callejón de la calle 6ª, y por el oriente con propiedad de Victoria Figueroa.

Sin costas en las instancias ni en la casación.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO DE LA FINCA VENDIDA

1. — La disposición del artículo 1934 del Código Civil debe entenderse en el sentido de que la declaración contenida en la escritura pública sobre el hecho de haberse pagado el precio de la venta, es susceptible de prueba en contrario en el juicio trabado entre las partes que celebraron el contrato, en armonía con lo que dispone el artículo 1759 del mismo código. Solamente cuando se acciona contra terceros opera la necesidad legal de probar la nulidad o falsificación del título escriturario.

2. — La especie de condena a que alude el numeral 2º del artículo 575 del Código Judicial tiene aplicación, no solamente contra el vencido en la apelación por el solo hecho objetivo de su vencimiento, sino contra el litigante que ha sostenido temerariamente cualquiera acción, excepción, oposición o incidente, elemento éste subjetivo cuya apreciación corresponde al arbitrio de los jueces, de tal modo que no hay ninguna irregularidad legal en que se condene en segunda instancia al pago de costas en ambas, aunque el favorecido con la sentencia de la primera no haya sido apelante. Por otra parte, la jurisprudencia tiene establecido, de manera constante, que la acusación por la condena en costas es cosa que escapa a la casación, como cuestión accesoria que es, subordinada, por tanto, al estudio y decisión del problema de fondo.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Por medio de la escritura pública número 1348, otorgada el 4 de junio de 1941 en la Notaría 2ª de Bogotá, debidamente registrada, Carlota Ocampo de Sader y Evangelina Ocampo Jiménez vendieron a Isabel Díaz de Quevedo el derecho de dominio sobre dos lotes de terreno ubicados en la carrera 15 con calle 52, barrio de Chapinero, de esta ciudad alinderados como en ese instrumento se expresa, por la suma de $ 4.350 que "las vendedoras declaran tener recibidos a su satisfacción". La compradora, a su turno, declaró en la escritura "tener recibidos los lotes que por ese instrumento adquiere, a su entera satisfacción con las respectivas edificaciones que se hallan en ellos".

Quince meses después, el 28 de enero de 1943, las vendedoras, por medio de apoderado y ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, demandaron en acción ordinaria a Isabel Díaz de Quevedo para que se declare la resolución del referido contrato, por incumplimiento de la compradora en el pago del precio, y para que, en consecuencia, se la condene a la restitución de los lotes con sus frutos y a la indemnización de los perjuicios por la violación contractual.

El hecho básico de la acción resolutoria se hace consistir en que la demandada, no obstante haberse dicho en la escritura de venta que se había recibido el precio de los lotes, no lo ha pagado, porque en vez de dinero lo que entregó por ese concepto fueron dos documentos, por $ 3.000.00 y $ 1.350.00, a cuyo pago no ha atendido la demandada en la forma acordada, esto es, la de pagar las cuotas trimestrales para servir la obligación en el Banco Agrícola Hipotecario.

La demandada, al descorrer el traslado legal de la demanda, se opuso a las declaraciones socilitadas, y explicó, por medio de su apoderado: "Mi poderdante, que sí quedó debiendo $ 3.000.00 a las vendedoras, no fue ya por causa directa de tal contrato, sino por otro contrato diferente que consta en documento privado que está en poder de las demandantes". Afirma que el contrato de venta recogido en la escritura número 1348 del 4 de junio de 1941 fue puro y simple con pago de contado y que del precio dispusieron las vendedoras en contratos diferentes e independientes de la venta, y que aunque también es cierto que la demandada no ha pagado las cuotas hipotecarias, ese incumplimiento afecta no la compraventa sino "el contrato separado con documento a deber".

Desarrollada la litis sobre estas bases, el Juzgado del Circuito le puso fin a la primera instancia en sentencia de 3 de marzo de 1944, en la que absolvió a la demandada Díaz de Quevedo de todos los car-

gos de la demanda y condenó a las actoras en las costas del juicio.

Sentencia acusada

Recurrida esta sentencia por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al término de la actuación correspondiente, la revocó en sentencia de 22 de septiembre de 1944 y en su lugar decretó la resolución de la compraventa demandada por falta de pago de tres mil pesos del precio estipulado, y consecuencialmente condenó a la demandada a la devolución de los lotes con sus frutos y a la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, y a las demandantes a restituír a la demandada la suma de $ 1.350.00, recibida por ellas como parte del precio. Condenó, además, a la demandada Isabel Díaz de Quevedo al pago de las costas procesales de ambas instancias y ordenó la cancelación del registro de la escritura contentiva del contrato de venta.

Aplica el Tribunal la doctrina jurisprudencial que tiene establecido que puede demandarse entre las partes contratantes la resolución de una compraventa por mora en el pago del precio, aunque en la escritura se diga que el vendedor lo ha recibido, y después del estudio probatorio del proceso concluye que es procedente la acción resolutoria intentada porque está plenamente probado con la confesión de la demandada compradora que evidentemente ni para el día del contrato ni antes, ni después hizo entrega alguna de dinero con imputación al pago del precio de los lotes a que se refiere la demanda; que realmente la finalidad del contrato fue la oferta que ella hiciera a las vendedoras de comprar los lotes para con su valor pagar por cuenta de ellas las cuotas de su deuda hipotecaria en el Banco Agrícola, por lo cual, en vez del dinero del precio, suscribió un documento por $ 3.000.00 en que se hizo constar esa obligación, y que, aunque es cierto que no ha verificado el pago de estas cuotas, advierte que no lo ha hecho porque las Ocampos no le han recibido las cuotas correspondientes, por todo lo cual está dispuesta a devolver los lotes previo el respectivo arreglo. Explica el Tribunal que la demandada ha aceptado como cierto que la referida parte del precio quedó en su poder para pagarlo en cuotas al Banco Agrícola o a las vendedoras, y que la tesis de que el documento de que se ha hecho mención contiene un contrato de mutuo de los $ 3.000.00 es afirmación del marido de la demandada, y no de ella.

Esta es la fundamentación de la sentencia en la parte en que tiene relación con las cuestiones traídas a la Corte.

El recurso

Se decide hoy el recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte demandada con apoyo en el primero de los motivos legales del artículo 520 del C. J.

Dos cargos se formulan contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

a) Violación directa por errónea interpretación e indebida aplicación de los artículos 1759, 1934, 1546 y 1930 del C. C., porque la segunda de las disposiciones precitadas establece la prohibición de admitir prueba distinta de la nulidad o falsificación de la escritura para demostrar el no pago del precio cuando en el instrumento consta que fue recibido, declaración ésta que debe aceptarse como una verdad solemne entre las partes contratantes a quienes la ley no faculta para expresar falsedades. "La escritura de venta dijo la verdad y ahora no puede desconocerse por una de las partes en contra de la otra, menos cuando sus relaciones jurídicas quedaron consignadas por aparte en otro contrato de naturaleza diferente, que es el que debiera debatirse pero como cosa independiente del de compraventa". Afirma el recurrente que la sentencia es violatoria de las mismas disposiciones citadas por consecuencia del error de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la confesión de la demandada dividiéndola ilegalmente al tomar aisladamente la aceptación que hace del hecho de haber quedado debiendo parte del precio, representado en el documento por los $ 3.000, y prescindiendo de la explicación de que su obligación no era de pagar las cuotas trimestrales al Banco sino a las vendedoras, quienes se negaron a recibirlas, y también por error de hecho, consistente en haber prescindido de estimar las declaraciones de Honorato García y Hernando Quevedo, "en que se ve claramente que fueron las acreedoras las que impidieron, por renuncia, el pago de las cuotas".

Se considera:

Por lo que hace al cargo de quebranto directo de la ley en lo referente a la posibilidad de la contraprueba de las partes a la declaración hecha en la escritura sobre el pago del precio, basta recordar la uniforme y constante doctrina de esta Sala, expuesta y sostenida en numerosas decisiones, de que la disposición del artículo 1934 del C. C. debe entenderse en el sentido de que la declaración contenida en la escritura pública sobre el hecho de haberse pagado el precio de la venta, es susceptible de prueba en contrario en el juicio trabado entre las partes que celebraron el contrato, en armonía con lo que dispone el artículo 1759 del mismo código, y que solamente cuando se acciona contra terceros opera la nece-

sidad legal de probar la nulidad o falsificación del título escriturario.

En el caso de estudio el problema de la contraprueba no ofrece dificultad ninguna porque la rectificación a lo declarado en el instrumento se funda en la confesión de la compradora demandada, en forma que no está expuesta a interpretaciones equívocas.

En relación con el propósito que tuvieron para la celebración de la compraventa, y que las actoras afirman que fue el ofrecimiento que la demandada les hiciera de atender y facilitar el servicio de una deuda hipotecaria de ellas, dicen así la pregunta y su respuesta: "Diga usted, si es cierto, como lo afirmó que es, que la venta que le hice por medio de la escritura número 1348 de junio 4 de 1941, en la Notaría 2ª de esta ciudad, tuvo su fundamento en la oferta que tanto usted como su apoderado general don Federico Quevedo hicieron de pagar en el Banco Agrícola la suma que por concepto de la hipoteca que sobre la casa nosotros debemos mi hermana y yo? Contestó: "Es cierto".

Preguntada: "Diga si es cierto, como es, que la suma que aparece como recibida en la escritura precitada no es cierto, pues usted nunca dio un solo centavo por tal concepto", contestó: "Es cierto que el valor total de los lotes me comprometí a pagarlo en la siguiente forma: $ 3.000.00 en la forma que expresa el documento que firmé, y $ 1.350.00 que se los dí de contado a las señoritas Ocampos, cantidad que éstas más tarde entregaron a mi esposo para que, a nombre de ellas, hiciera varios pagos como lo he dejado explicado".

Al preguntarle a la demandada si el documento que firmó por los $ 3.000.00 era por el total del precio de la venta, contestó: "El documento de que se trata lo firmé por $ 3.000.00, es decir, por el saldo que quedé a deberle a mi interrogante y a la señorita Evangelina Ocampo".

En vista de estas expresas declaraciones de la compradora y de lo por ella manifestado en la contestación de la demanda, en que acepta la verdad de que no ha pagado las cuotas de servicio de la obligación bancaria en la forma en que se comprometió a hacerlo, no se ve en manera alguna el pretendido error en que incurriera el Tribunal al fundar en esta confesión la verdad de que el precio de la venta estaba en parte insoluto; y el detalle, no suficientemente aclarado, de que la obligación de pagar las cuotas fuera a las actoras o a las oficinas del Banco, pierde toda importancia porque la verdad aprovechable para la decisión de este juicio es que no se ha verificado el pago completo. Si la obligación era la de atender el servicio de la deuda bancaria por amortización gradual la forma más adecuada y normal de su cumplimiento era a no dudarlo la de consignar en las oficinas del Banco las cuotas periódicas; pero ni aún aceptando la obligatoriedad de pagarlas personalmente a las demandantes la pretendida renuencia de éstas a recibirlas no mejora la situación de la demandada porque ella ha podido, si realmente hubiera querido realizar el pago, hacerlo por consignación como lo autoriza la ley. No hay base probatoria ninguna en el proceso para tener por demostrado que el documento privado que la compradora dice haber suscrito el día 4 de junio de 1941 se haya hecho pará hacer constar un contrato de mutuo, completamente independiente del de compraventa; por el contrario, de las respuestas dadas a las posiciones por la demandada claramente aparece que tal documento, no traído a los autos, no tuvo otro objeto que el de hacer constar que los $ 3.000.00 que quedaba a deber debían pagarse por ella al Banco Agrícola Hipotecario en cuotas trimestrales de $ 200.00.

Lo expuesto es suficiente para rechazar el primer cargo.

b) — Se acusa la sentencia por violación directa del artículo 2157 del C. C., que consagra la obligación para el mandatario de ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, por cuanto el Tribunal decidió el negocio sobre las peticiones de la demanda sin tener en cuenta las facultades precisas que se le dieron por las demandantes a su apoderado judicial.

La primera razón que surge para el rechazo de este cargo formulado dentro del motivo primero de casación, es su improcedencia por venir de quien nada tiene qué ver con el contrato de mandato a que alude, y cuyo cumplimiento no está en ninguna forma sometido a decisión judicial. Por el aspecto de la personería adjetiva, no propuesto ni proponible por el motivo que se considera, tampoco daría base de estudio, en primer lugar, porque según los términos en que fue conferido el mandato el apoderado podía escoger la vía legal adecuada para obtener la devolución de los lotes e indemnizaciones correspondientes, y también porque no sería alegable sino por la persona que hubiera actuado en el juicio mal representada. Por lo demás, la cuestión que ha querido suscitarse ante la Corte no ha sido objeto de ninguna mención en las instancias.

Finalmente, acusa la sentencia el recurrente por violación del numeral 2º del artículo 575 del C. J., porque la parte demandada no recurrió contra la sentencia del primer grado y la precitada disposición sólo autoriza la condena en costas contra el recurrente perdidoso.

Desde luego, no hay ni por qué pensar que la condena al pago de las costas de ambas instancias que contiene la sentencia se fundara en el numeral 2º del artículo 575 del C. J. Esta especie de condena, según la reglamentación legal de la institución, tiene aplicación no solamente contra el vencido en la apelación por el solo hecho objetivo de su vencimiento, sino contra el litigante que ha sostenido temerariamente cualquier acción, excepción, oposición o incidente, elemento este subjetivo cuya apreciación pertenece al arbitrio de los jueces, de tal modo que no hay ninguna irregularidad legal en que se condene en segunda instancia al pago de costas en ambas, aunque el favorecido con la sentencia de la primera no haya sido apelante. Por otra parte, como lo tiene establecido esta Sala en copiosa jurisprudencia, la acusación por la condena en costas es cosa que escapa a la casación, como cuestión accesoria que es, subordinada por tanto al estudio y decisión del problema de fondo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 22 de septiembre de 1944, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Hernán Salamanca. — José Antonio Montalvo. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

FIANZA. — EXCUSION. — PRESCRIPCION. —SUBROGACION DE DERECHOS

Sobre la alegación del recurrente de que el fiador de una obligación no puede ser perseguido en juicio por el acreedor sin la comparecencia simultánea del deudor principal, debe observarse que semejante teoría está fuera de la realidad legal. Deudor accesorio es quien presta su garantía personal en guarda de la obligación contraída por el deudor principal, pero que no participa de los derechos ni de las demás relaciones que surgen directamente del contrato, y que tan sólo responde del cumplimiento, esto es, de las obligaciones contraídas por aquel. Ningún provecho o ventaja reporta del contrato. Esté es el fiador. Tal diferencia que proviene de la naturaleza de las cosas se halla establecida en disposiciones positivas como el artículo 1499 del Código Civil. La solidaridad que no es un elemento de la esencia ni de la naturaleza de los contratos, sino apenas una modalidad de las obligaciones, en nada los afecta en lo que respecta a su sustancia ni elimina la diferencia que se deja apuntada. Un fiador solidario puede ser perseguido por el total de la cosa debida, pues a ese fin responde la solidaridad; pero no por ello se torna jamás en sujeto activo del contrato mismo, porque ningún derecho adquiere del acreedor, ni lo ligan a él otras relaciones de derecho que no sea la de responder por la cosa debida; él es únicamente respecto del acreedor un sujeto pasivo de las obligaciones pendientes de su fiado. De ahí que sea cierto que el fiador que se obliga solidariamente con el deudor, no por ello se convierte en codeudor. Sigue siendo fiador, pues la solidaridad tiene como único efecto privarlo de un beneficio ingerente a la fianza: la excusión. El medio más eficaz de renunciar el fiador a este beneficio es comprometerse solidariamente con el deudor. ¿Y qué es el beneficio de excusión sino el derecho del fiador reconvenido a exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal? El fiador que se solidariza con el deudor pierde el beneficio de excusión, y por lo tanto el derecho de pedir que se persiga judicialmente primero al deudor. Y nótese que ese beneficio debe ser invocado expresamente por el fiador que no lo ha renunciado. Porque si no lo invoca cuando es requerido judicialmente, el juez tampoco puede decretárselo de oficio. De consiguiente, el simple fiador que no se ha obligado solidariamente puede ser demandado antes que el deudor principal. Ello no por ser codeudor sino por ser fiador. Y en tal caso la demanda es viable, y contra ella apenas tiene el beneficio de excusión, que debe ser invocado oportunamente por el fiador demandado, quien, además desde que lo invoca, está comprometido con el acreedor a señalar los bienes del deudor con los cuales puede satisfacer el crédito. Sin cumplir ese requisito tampoco prospera la excusión. (Artículos 2383, 2385 y 2386, C. C.)

La fianza mercantil, que es una modalidad de la fianza civil, no da derecho al fiador a oponer al acreedor el beneficio de excusión, salvo estipulación en contrario. Y a lo único que tiene derecho el fiador "ejecutado antes que el deudor principal", según el artículo 957 del código respectivo, es a denunciar para el pago bienes de éste de los embargables conforme a la ley. La mencionada disposición supone, pues, el principio inherente a la fianza civil de que el acreedor tiene el derecho de demandar del fiador el cumplimiento de la obligación principal, sin la audiencia ni la concurrencia al juicio del deudor principal.

2. — La prescripción extintiva de las acciones por sí sola no es una acción. Constituye un medio de defensa o más bien una excepción tendiente a paralizar la acción del acreedor contra el deudor, así sea éste principal o subsidiario. En este medio defensivo no hay subrogación, porque la subrogación se refiere a derechos positivos del acreedor. La prescripción extintiva de las acciones ejecutiva y ordinaria no es un derecho del acreedor. Como facultad de que está investido el deudor principal o subsidiario de la obligación, se traduce en poder que dimana de ellos y que sólo a ellos corresponde ejercitar.

3. — El artículo 2381 y el 2406 del C. C. se complementan entre sí. Ambos se refieren al fenómeno de la subrogación de derechos del

acreedor, definido por el artículo 1666 y reglamentado en las disposiciones siguientes del Código Civil. La subrogación de los derechos del acreedor al fiador que paga por el deudor principal se efectúa por ministerio de la ley, y le traspasa, en armonía con el artículo 676, todos los derechos, acciones, etc., de que habla este artículo. Pero para que la subrogación se realice respecto del fiador, hay necesidad de que éste haga el pago. Sólo después del pago el fiador se convierte en acreedor efectivo del deudor principal por quien ha solucionado la obligación. Es entonces cuando la obligación del deudor se hace exigible a favor del fiador subrogado, y puede hablarse ya de la acción de cobro entre éste y aquél, nacida de relaciones nuevas dimanadas del fenómeno de la subrogación, distintas de las antiguas que vinculaban al acreedor primitivo con el deudor y su fiador. Sugerir, pues, que el acreedor pueda hacerle perder al fiador las acciones procesales ejecutivas u ordinaria que tiene contra sus deudores, sean éstos principales o subsidiarios, entraña la enunciación de una hipótesis absurda.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Por escritura pública número 358 de 22 de marzo de 1922, pasada ante el notario cuarto del circuito de Bogotá, la señorita Victoria Dulcey, mujer soltera y mayor de edad, se declaró deudora del señor Braulio Rodríguez por la cantidad de DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($ 2.500.00) moneda corriente, con el compromiso de pagarlos el día 20 de mayo del mismo año, debiendo abonar durante el plazo y en la demora el interés del uno por ciento mensual. El señor José Dulcey suscribió la escritura con el carácter de fiador mancomunado y solidario de la deudora.

En la mortuoria del señor Braulio Rodríguez, acreedor, el señor Eduardo Rodríguez Z. obtuvo que se le reconociera el carácter de heredero, en representación de su padre Ramón Rodríguez.

Con ese carácter Eduardo Rodríguez demandó al señor José Dulcey para que como fiador solidario de Victoria Dulcey se le condene a pagarle a la sucesión de Braulio Rodríguez el crédito de los dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) con sus intereses convencionales desde el 21 de mayo de 1922 hasta la cancelación de la deuda.

El tribunal superior de Bogotá, en su sentencia, revocó la del juez y en su lugar resolvió:

"1º Declárase no probada la excepción perentoria de pago e improcedente la de inexistencia de la obligación por extinción de la fianza".

"2º Declárase que José Dulcey en su carácter de fiador solidario de la señorita Victoria Dulcey, es deudor a la sucesión del señor Braulio Rodríguez de la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) moneda corriente, a que se refiere la escritura número 358 de fecha 22 de marzo de 1922, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá".

"3º Declárase que el mismo señor José Dulcey es deudor de la suma a que ascienden los intereses estipulados en la misma escritura, desde el 21 de mayo de 1922 hasta cuando el pago se haga, o desde la fecha en que ellos no hayan sido cubiertos por el deudor".

"SIN costas en la primera ni en la segunda instancia".

Contra el anterior fallo ha recurrido en casación el demandado vencido, quien en la demanda respectiva formula varios cargos de los cuales se hace a continuación breve extracto.

Las causales de casación

Causal sexta. — Invócase la causal 6ª del artículo 520 del código judicial. Para sostener que el juicio adolece de nulidad procesal por falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, según el numeral 3º del artículo 448, ibidem, se razona así:

Radica este ataque en casación en el postulado de que habiendo celebrado el contrato de mutuo con garantía personal de que da cuenta la escritura, los señores Braulio Rodríguez y Victoria Dulcey, como principales, y el doctor José Dulcey, como fiador solidario de la segunda, no es posible judicialmente discutir el mérito legal de ese contrato, y pronunciar las consecuencias jurídicas de la convención sin audiencia de todas las partes que intervinieron en la creación de las obligaciones jurídicas respectivas, vale decir, sin que la acción instaurada en nombre de la sucesión del acreedor, se dirija contra la parte obligada en su integridad, es decir, Victoria Dulcey, contratante principal, y José Dulcey, fiador mancomunado y solidario.

Es imposible pensar que la justicia pueda declarar que una fianza engendra obligaciones, sin que esté declarado simultáneamente que la obligación principal engendra también obligaciones, pues si es-

ta última, por cualquier razón, es ineficaz legalmente, arrastra en su ineficacia el contrato accesorio de fianza.

Verdad que el artículo 1.571 del código civil autoriza al acreedor para dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por esto pueda oponérsele el beneficio de división. Empero José Dulcey no es **deudor solidario** o **codeudor**, sino simplemente **fiador mancomunado y solidario.**

Esta calidad no le hace perder su carácter simple de fiador, carácter que lo inviste de prerrogativas especiales de que no gozaría si fuese **codeudor.**

Por las mismas razones, o sea por no haber sido llamada al juicio la deudora principal, en el juicio concurre también la causal de nulidad consagrada por el numeral 2º del artículo 448 del código judicial, o sea la ilegitimidad de la personería de la parte demandante.

Causal primera. — Bajo esta causal se formulan los siguientes cargos:

a) —Interpretación errónea del artículo 2361 del código civil, que define la fianza. Reconocido por el tribunal que José Dulcey es simple fiador solidario, al imponerle la condición de deudor de la parte demandante, en virtud y como consecuencia de la fianza, sin decreto judicial sobre la validez legal del contrato u obligación principal, que ni siquiera ha estado **sub-judice,** se viola la mencionada norma, que le da a la fianza un carácter accesorio, y que por lo mismo no puede entenderse desligada de la obligación principal.

b) — Violación de los artículos 1.568 y 1.571 del código civil. Se fundamenta este cargo diciendo que cuando el tribunal declara que José Dulcey en su carácter de fiador solidario es deudor de la sucesión de Braulio Rodríguez confunde la institución jurídica de **fiador solidario** con la de **codeudor** o **deudor solidario.** El tribunal sentenciador interpreta y entiende que el legislador en las disposiciones citadas se está refiriendo a los **fiadores solidarios,** siendo así que ellas se refieren a los **deudores solidarios.** De consiguiente deduciéndose la responsabilidad de José Dulcey sobre la base de tales preceptos, éstos se quebrantan por interpretación errónea e indebida aplicación.

c) — Violación directa del artículo 2381 del código civil. El tribunal en la sentencia dice que "para que se cumpla el caso del artículo 2381 es necesario que el acreedor haya cumplido hechos tales que hayan impedido al fiador la subrogación; bien como cuando cancela prendas o hipotecas, con que hubiera estado asegurada la deuda, o bien cuando prorroga al deudor el plazo sin consentimiento del fiador. El hecho de que un acreedor deje transcurrir el plazo de la acción ejecutiva, que es un medio de cobrar coercitivamente o de hacer de esta manera efectiva una obligación, implica la pérdida de esa acción o, medio, pero no la extinción de la obligación desde luego que queda viva la acción ordinaria, por otros diez años, que es precisamente la que válidamente se ha ejercitado".

Al razonar así el tribunal viola el artículo citado, dado que entiende que la ley habla de la imposibilidad del fiador para subrogarse en todas y en cada una de las acciones contra el deudor principal. Pues no, ya que la ley lo único que exige al respecto es que el acreedor haya puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en cualquiera de las acciones que la misma ley le otorga contra el deudor principal. En el caso de autos el acreedor por inercia dejó prescribir la acción ejecutiva de la deuda, de la cual el fiador habría estado dotado, para subrogarse en ella contra el principal deudor, y la dejó prescribir haciendo imposible esa subrogación. Al prescribir la acción ejecutiva la situación del fiador se torna más gravosa, ya que en el caso de satisfacer la prestación que al acreedor demanda, no estaría dotado de medio coercitivo alguno para repetir esa prestación del deudor principal.

d) — Violación del artículo 2406 del código civil. En la sustentación de este cargo se repite el razonamiento anterior a saber: Que habiendo dejado prescribir el acreedor la acción ejecutiva, el fiador perdió **una de las acciones** en la cual habría podido subrogarse contra el deudor, pues no es necesario que el acreedor le haga perder al fiador **todas** las acciones en que tiene derecho a subrogarse contra el deudor.

Examen de los cargos

Los razonamientos del recurrente tendientes a sustentar la existencia de la causal **sexta** de casación, por nulidad del juicio, debido a la falta de citación del deudor principal señorita Victoria Dulcey, e ilegitimidad de la personería de la parte demandante, por la misma razón, y dentro de la causal **primera,** violación de los artículos 2.361, 1.568 y 1.571, según la argumentación contenida bajo los numerales A) y B), se hacen sobre la idea de que de acuerdo con las disposiciones citadas el fiador de una obligación no puede ser perseguido en juicio por el acreedor sin la comparecencia simultánea del deudor principal.

Mas semejante teoría está fuera de la realidad legal.

Deudor accesorio es quien presta su garantía personal en guarda de la obligación contraída por el deudor principal, pero que no participa de los derechos ni de las demás relaciones que surgen directamente del contrato, y que tan sólo responde del cumplimiento, esto es, de las obligaciones contraídas por aquél. Ningún provecho o ventaja reporta del contrato. Este es el fiador. Tal diferencia que proviene de la naturaleza de las cosas se halla establecida en disposiciones positivas como el artículo 1 499 del código civil, que define cuáles son los contratos principales y cuáles los accesorios. La solidaridad que no es un elemento de la esencia ni de la naturaleza de los contratos sino apenas una modalidad de las obligaciones en nada los afecta en lo que respecta a su sustancia ni elimina la diferencia que se deja apuntada. Un fiador solidario puede ser perseguido por el total de la cosa debida, pues a ese fin responde la solidaridad; pero no por ello se torna jamás en sujeto activo del contrato mismo, porque ningún derecho adquiere del acreedor, ni lo ligan a él otras relaciones de derecho que no sea la de responder por la cosa debida; él es únicamente respecto del acreedor un sujeto pasivo de las obligaciones pendientes de su fiado.

De ahí que sea cierto que el fiador que se obliga solidariamente con el deudor no por ello se convierte en codeudor. Sigue siendo fiador, pues la solidaridad tiene como único efecto privarlo de un beneficio inherente a la fianza: la excusión. El medio más eficaz de renunciar el fiador a este beneficio es comprometerse solidariamente con el deudor.

¿ Y qué es el beneficio de **excusión** sino el derecho del fiador reconvenido a exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal?

El fiador que se solidariza con el deudor pierde el beneficio de excusión, y por lo tanto el derecho a pedir que se persiga judicialmente primero al deudor. Y nótese que ese beneficio debe ser invocado expresamente por el fiador que no lo ha renunciado. Porque si no lo invoca cuando es requerido judicialmente, el juez tampoco puede decretárselo de oficio.

De consiguiente, aun el simple fiador que no se ha obligado solidariamente puede ser demandado antes que el deudor principal. Ello no por ser codeudor sino por ser fiador. Y en tal caso la demanda es VIABLE, y contra ella apenas tiene el beneficio de excusión, que debe ser invocado oportunamente por el fiador demandado, quien, además desde que lo invoca, está comprometido con el acreedor a señalar los bienes del deudor con los cuales puede satisfacerse el crédito. Sin cumplir ese requisito tampoco prospera la excusión. Artículos 2383, 2385 y 2386 del código civil.

La fianza mercantil, que es una modalidad de la fianza civil, no da derecho al fiador a oponer al acreedor el beneficio de excusión, salvo estipulación en contrario. Y a lo único que tiene derecho el fiador, "ejecutado antes que el deudor principal", según el artículo 957 del código respectivo, es a denunciar para el pago bienes de éste de los embargables conforme a la ley. La mencionada disposición supone pues el principio inherente a la fianza civil de que el acreedor tiene el derecho de demandar del fiador el cumplimiento de la obligación principal, sin la audiencia ni la concurrencia al juicio del deudor principal.

Lo expuesto demuestra hasta qué grado es infundada la acusación del recurrente, de quebrantamiento por el sentenciador de las disposiciones que él cita. Y pone de manifiesto también que el recurrente, suscitando cuestiones tocantes con la validez de la obligación, aspecto sustantivo, aspira equivocadamente a deducir nulidades en el juicio que han de ser siempre originadas en la inobservancia de ritualidades adjetivas determinadas.

Los cargos formulados por violación de los artículos 2381 y 2406 son semejantes a los anteriores en su falta de consistencia. Al formularlos el recurrente parte también de una base completamente equivocada, originada en que confunde la prescripción extintiva de la acción ejecutiva u ordinaria del acreedor contra los deudores principales o subsidiarios, con las acciones del acreedor susceptibles de subrogación en cabeza del fiador que paga por el deudor.

La prescripción extintiva de las acciones por sí sola no es una acción. Constituye un medio de defensa o más bien una excepción tendiente a paralizar la acción del acreedor contra el deudor así sea éste principal o subsidiario. En este medio defensivo no hay subrogación porque la subrogación se refiere a derechos positivos del acreedor. La prescripción extintiva de las acciones ejecutiva y ordinaria no es un derecho del acreedor. Como facultad de que está investido el deudor principal o subsidiario de la obligación, se traduce en poder que dimana de ellos y que sólo a ellos corresponde ejercitar.

El artículo 2381 habla del caso en que el acreedor ha puesto al fiador en situación de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal. Y el artículo 2406, numeral 2º, determina que la fianza se extingue también en todo o en parte, "cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido

las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse". Estas dos disposiciones se complementan entre sí. Ambas se refieren al fenómeno de la subrogación de derechos del acreedor, definido por el artículo 1.666 y reglamentado en las disposiciones siguientes del código civil.

La subrogación de los derechos del acreedor al fiador que paga por el deudor principal se efectúa por ministerio de la ley, y le traspasa, en armonía con el artículo 676, "todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo acreedor, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda".

Pero para que la subrogación se realice respecto del fiador, hay necesidad de que éste haga el pago. Sólo después del pago el fiador se convierte en acreedor efectivo del deudor principal por quien ha solucionado la obligación. Es entonces cuando la obligación del deudor se hace exigible a favor del fiador subrogado, y puede hablarse ya de la acción de cobro entre éste y aquél, nacida de relaciones nuevas dimanadas del fenómeno de la **subrogación,** distintas de las antiguas relaciones que vinculaban al acreedor primitivo con el deudor y su fiador. Sugerir, pues, que el acreedor pueda hacerle perder al fiador las acciones procesales ejecutivas u ordinaria que tiene contra sus deudores sean éstos principales o subsidiarios, entraña la enunciación de una hipótesis absurda.

Sentencia

Por lo relacionado la sala de casación civil de la corte suprema de justicia, administrando ésta en nombre de la república y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del tribunal superior de Bogotá, dictada en este proceso y materia del recurso que se deja examinado.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tácense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese el fallo en la Gaceta Judicial.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION REVISORIA DE UNA SENTENCIA

1.—Cuando el artículo 473 del C. J. advierte en su inciso 2º cómo es posible que en un juicio ordinario se ventile algo fallado ya en juicio distinto, formula la salvedad correspondiente a lo que en su inciso 1º establece sobre fuerza de cosa juzgada de las sentencias en firme, salvedad nacida de que aquéllas no tienen tal firmeza, y defiere a lo que dispensa la ley sobre señalamiento de las que hayan de formar este grupo. Con este fin ese Código coloca en él la de excepciones y la de pregón y remate de los juicios ejecutivos (artículo 1030) y las dictadas en ciertos casos sobre servidumbres (artículo 876) y sobre partición material de bienes comunes (artículo 1151). Es de citarse el artículo 8º de la ley 28 de 1932, y, además, la sentencia de prelación de créditos o pronunciada en juicio ejecutivo, que es revisable en el de concurso de acreedores, en atención a que su calidad de cosa juzgada es sólo formal o adjetiva, según estudio que ya hizo la Corte en sentencia de 15 de abril de 1942. Esta revisión es algo muy distinto del recurso que con el mismo nombre establece y reglamenta el C. J. en sus artículos 542 y siguientes.

2.—No puede pedir revisión de la sentencia de pregón y remate proferida en juicio ejecutivo quien fue tercero o no figuró como parte en el juicio ejecutivo, siquiera alegue ser el dueño de algo que se remató para el pago como del deudor en el juicio ejecutivo. A ese tercero lo que le interesa es el bien suyo y no ese pleito considerado en sí. El Código Judicial establece medidas de precaución en guarda de los terceros para evitar la persecución y, con más veras, la enajenación de bienes ajenos con el fin de pagar lo que debe un ejecutado. Así, por ejemplo, en su artículo 1023 faculta a toda persona distinta de la ejecutada para obtener que se levante el secuestro de bienes alegando que los poseía al secuestrarlos, con sólo dar caución de indemnizar a ejecutante y tercerista; y en su artículo 1008 exige, tratándose de inmuebles, el certificado del Registrador allí determinado, y dispone que el juez ordene inmediatamente el desembargo y la cancelación del embargo si del certificado no aparece que el ejecutado sea el poseedor inscrito de tal inmueble. Más todavía: si a pesar de todo llegare en una ejecución a rematarse para el pago un bien que no es del deudor, su dueño puede reivindicarlo, siendo así que ese remate sería de cosa ajena y esta venta deja a salvo en su validez los derechos del verdadero dueño, (artículos 741 y 1871 C. C.). Y es de advertirse que en tal caso ese verdadero dueño reivindicaría como tal, sin necesidad de demandar la revisión de la sentencia de pregón y remate.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diecinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona de 30 de junio de 1944 confirmatoria de la del Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta de 2 de abril de 1943 que negó las peticiones de la demanda en el presente juicio ordinario de Monseñor Rafael Afanador y Cadena, Obispo de esa Diócesis, contra el señor Jesús Buendía R. y el doctor Luis E. Moncada, en nombre propio, y contra la sucesión del señor José Lindarte, representada por sus herederos, las señoras Pastora Lindarte de Buendía e Isidora o Heliodora Lindarte de García, mayores, y los menores José, Cipriano y José Antonio Lindarte, cuyo guardador es el señor Pantaleón Rojas.

De dónde provenga y a qué se encamine la acción incoada, lo dicen los hechos presentados como fundamentales en el libelo, que se resumen así:

El 7 de diciembre de 1925, por escritura Nº 524 ante el Notario de Salazar, el prenombrado

señor Buendía declaró tener recibidos de don José Lindarte, en depósito, $ 10.000 oro, con el encargo de entregarlos a la muerte de este señor al señor Obispo por cuotas anuales de $ 1.500, y asumió la obligación de hacer a éste oportunamente tales pagos y la garantizó con hipoteca de la finca denominada Triaca, cuya ubicación y linderos allí expresa, la que hubo por compra al mismo Lindarte en esa Notaría el 10 de junio de 1922. Este señor declaró en ese instrumento aceptar la hipoteca y facultar al señor Obispo para cancelarla en su día.

El mismo Lindarte otorgó ante el Notario 1º de San José de Cúcuta testamento abierto el 27 de octubre de 1933, en el que, citando el que había otorgado allí el 10 de junio de 1922 y la revocación pronunciada sin salvedad el 24 de agosto de 1933, declara que en lo tocante al referido depósito queda en pie su disposición primitiva, que ratifica, consistente en que a su muerte Buendía entregará al señor Obispo los diez mil pesos en anualidades de $ 1.500 para que los distribuya así: tres mil para la capilla de la Virgen de Belén en Salazar, dos mil para la prensa católica, mil para el hospital de Salazar y dos mil para el culto de San Antonio de Padua que se invertirán construyendo una capilla en el Corregimiento de La Laguna, cuyo patrono será San Antonio.

Ante dicho Notario 1º, en escritura Nº 429, Lindarte el 26 de octubre de 1933, citando la mencionada de 1925 e insistiendo en lo ordenado sobre entrega de los $ 10.000 al señor Obsipo en cuotas anuales, declara que le cede y traspasa la garantía hipotecaria y "el ejercicio de todas las acciones a que ella da derecho contra el deudor y sus causahabientes", a fin de facilitarle "las acciones que llegado el caso tenga que intentar para hacer efectiva la entrega de las cuotas anuales que debe enterarle el mencionado señor Jesús Buendía R."

El 4 de abril de 1934 puso Lindarte al pie de la copia notarial registrada de la escritura de hipoteca nota de cesión, "a título de venta y por la suma de diez mil pesos en oro, valor recibido a mi satisfacción" a favor del señor Obispo, del crédito hipotecario que consta en ese instrumento.

Muerto Lindarte, el doctor Luis Enrique Moncada entabló juicio ordinario contra su sucesión para el pago de $ 5.000 como valor de sus honorarios médicos y $ 1.000, en razón de una intervención quirúrgica, y el Juzgado sentenció condenando a la sucesión como pidió el demandante, según fallo de 16 de julio de 1935 que, ejecutoriado, sirvió al acreedor de recaudo ejecutivo en juicio en que se libró mandamiento el 22 de abril de 1936 y en que el ejecutante persiguió como de la sucesión ejecutada el depósito en referencia, cuyo embargo preventivo había obtenido en auto de 20 de marzo anterior, que se notificó a Buendía el 2 de junio de ese año. Este al recibir la notificación manifestó que Lindarte no dejó suma ninguna en calidad de depósito en su poder, y como explicación y respaldo de sus palabras **citó** la escritura de compra de la Triaca el 10 de junio de 1922, la de hipoteca de 7 de diciembre de 1925 en garantía del pago del precio y la de traspaso al señor Obispo el 26 de octubre de 1933 y terminó diciendo: "Por lo cual no soy depositario".

Por medio de apoderado, el señor Obispo solicitó el levantamiento del embargo por pertenecer a él, y no al señor Lindarte ni a su sucesión, la cantidad depositada y la hipoteca que la garantiza. Esta petición la negó el Juzgado en auto de 8 de mayo de 1937, confirmado por el Tribunal el 30 de agosto siguiente.

El 10 de junio de 1938 se dictó sentencia de pregón y remate por el Juzgado 1º Civil de dicho Circuito, al que pasó el asunto por supresión del 3º.

Reclamada por el ejecutante, el 14 de octubre del mismo año el Tribunal la confirmó y la adicionó con la declaración de que la hipoteca quedaba sometida a la traba ejecutiva y daba al acreedor Moncada los derechos inherentes en ley para seguridad del depósito y efectividad de su restitución.

Buendía, al ser requerido para la entrega del dinero por orden del Juez, le entregó el 4 de marzo de 1939 una parte ($ 6.000) y, anunciando la entrega del resto, solicitó que, una vez hecha, se declarara terminado el depósito y se ordenara cancelar la hipoteca, y así vino a disponerse en auto de 6 de julio de ese año y a cumplirse mediante los oficios del caso al Notario de Cúcuta y al Notario y Registrador de Salazar, según constancia firmada por el Secretario el 19 del mismo junio.

Por capital, intereses y costas recibió el doctor Moncada un total de $ 8.807,80. Los restantes $ 1.192,20 se pagaron al doctor Rafael Espinosa como cesionario del señor Josué Canal en pago de un crédito para cuyo cobro seguía ejecución contra Pantaleón Rojas y la sucesión de José Lin-

darte, y que ascendía por principal, intereses y costas a $ 1.202,62, por lo cual quedó pendiente un pequeño saldo. Esta cuenta se ve al folio 4 del Cuaderno número 6 de la segunda instancia en este expediente.

Estos son los antecedentes de la demanda inicial del presente juicio, repartida a dicho Juzgado 1º, quien la admitió el 6 de octubre de 1941. Una vez notificada a todos los demandados, se registró el 19 de febrero de 1942.

Pide que la sentencia definitiva haga estas declaraciones:

I.—Que quedan infirmadas las sentencias de 10 de junio y 14 de octubre de 1938, de Juzgado y Tribunal respectivamente;

II.—Que, en consecuencia queda infirmado el auto de 8 de marzo de 1937, en cuanto negó el desembargo solicitado por el señor Obispo y la petición de notificarle el embargo preventivo y la existencia de la demanda ejecutiva, y decretó el secuestro;

III.—Que queda asimismo infirmado el auto del Tribunal de 30 de agosto siguiente que confirmó aquél;

IV.—Que tiene completa eficacia la cesión del crédito de que da cuenta el instrumento de 7 de diciembre de 1925, hecha por el de 26 de octubre de 1933, y que es igualmente eficaz la cesión contenida en la nota puesta por el acreedor Lindarte al pie del título de 7 de diciembre, el 4 de abril de 1934.

V.—Que carece de valor la entrega del aludido dinero al ejecutante Moncada, la que debe rescindirse, así como toda otra que se hiciera;

VI.—Que carecen de valor y eficacia las cancelaciones de esas escrituras y de sus inscripciones en el registro;

VII.—Que el crédito hipotecario constituído en la escritura de 7 de diciembre de 1925 "subsiste en la actualidad tal como se constituyó y desde su fecha, y que esa escritura, la cesión del crédito al pie de la misma y sus inscripciones conservan todo su valor legal y su fuerza obligatoria";

VIII.—Que en tal virtud el demandante tiene, como cesionario, acción real y personal contra el depositario Buendía para la efectividad y percepción del crédito, y

IX.—Que los demandados deben pagar solidariamente las costas judiciales y todo perjuicio causado.

"No accede a las peticiones de la demanda" es el texto de la parte resolutiva de la sentencia del Juez.

Para llegar a esta conclusión se coloca en el mismo pie en que en el juicio ejecutivo se negó el desembargo y se insistió en perseguir para el pago del depósito en referencia, a saber: que el señor Obispo fue sólo legatario de Lindarte o, más aún, mandatario suyo para la inversión de los diez mil pesos en el pago de los legados a que los destinó en su testamento, por lo cual ese bien figuraba a su muerte en el haber de su sucesión y consecuencialmente estaba afecto al pago de las deudas hereditarias.

Como ya se dijo, el Tribunal confirmó; pero porque vio en la demanda el ejercicio de la acción de revisión de la sentencia de pregón y remate únicamente, de donde dedujo que, no correspondiendo ella sino a quienes fueron parte en el juicio en que esa sentencia se dictó, no le asistía al señor Obispo.

De ahí que el primero de los cargos del recurrente sea el de quebranto de los artículos 473 y 1030 del C. J. por haberlos interpretado y aplicado en forma que vino a excluir el estudio de los temas jurídicos puestos **sub judice** por el libelo, situación a que llegó el Tribunal, según el recurrente, por errónea interpretación de la demanda.

El Tribunal se detiene a examinarla indagando si es sólo de revisión, como terminantemente lo indican párrafos de ella que transcribe, o si, a pesar de esto, puede entenderse como de nulidad y, así, no limitarse él a lo antedicho sobre que aquella acción no asiste al actual demandante por no haber sido parte en el juicio ejecutivo; pero encontró para esto el escollo de que no podía entenderse como de nulidad una acción encaminada, entre otros fines, a que se declare que conserva todo su valor legal y fuerza obligatoria la nota de cesión a título oneroso puesta al pie de la escritura de hipoteca, no habiendo figurado este hecho ni esta prueba en el juicio ejecutivo.

La calificación o bautismo, por decirlo así, de la acción incoada en el presente pleito fue algo tan decisivo para el Tribunal que, ante su observación de que era la revisión autorizada, en su caso, por el artículo 1030, se abstuvo de considerar en el fondo, tomándolas globalmente, todas las súplicas de la demanda, sin distinguir entre ellas y, consecuencialmente, incluyendo las que por no estar dentro de la revisión o no corresponder a ella, debían estudiarse, aun dentro

del concepto de que no es el caso de aquel recurso por no haber sido el actual demandante parte en la ejecución. De ahí es de deducirse el motivo 2º de los del artículo 520 del C. J., siguiendo estos reparos del recurrente, como se verá adelante.

En verdad, varias de esas súplicas se formulan en ejercicio de esa acción revisoria, como son claramente las tres primeras, o sea, las que miran a la invalidación de dicha sentencia, del auto de embargo y del que negó el desembargo; otras son deducción directa de aquéllas, como son las que se encaminan a invalidar la entrega hecha por Buendía al Juzgado y la cancelación ordenada por éste, así como la inversión de ese dinero en el pago a Moncada y a otros acreedores de la sucesión de Lindarte; y otra, la del punto IV, se aparta de las antedichas para referirse a la cesión del crédito hecha al señor Obispo por el acreedor Lindarte y a la eficacia de la misma, tanto en la contenida en la escritura de 26 de octubre de 1933, cuanto a la que consta en la nota de 4 de abril de 1934.

En realidad las peticiones sobre el decreto de embargo y la negativa del desembargo pronunciadas en un juicio ejecutivo no pueden ser materia de un juicio ordinario por sí solas y directamente; podrán caer con el juicio todo en un caso de nulidad de éste, por ejemplo; pero bien se ve que esto es cosa muy distinta.

Cuando el artículo 473 del C. J. advierte en su inciso 2º cómo es posible que en un juicio ordinario se ventile algo fallado ya en juicio distinto, formula la salvedad correspondiente a lo que en su inciso 1º establece sobre fuerza de cosa juzgada de las sentencias en firme, salvedad nacida de que aquéllas no tienen tal firmeza, y defiere a lo que disponga la ley sobre señalamiento de las que han de formar este grupo. Con este fin ese Código coloca en él la de excepciones y la de pregón y remate de los juicios ejecutivos (artículo 1030) y las dictadas en ciertos casos sobre servidumbres (artículo 876) y sobre partición material de bienes comunes (artículo 1151). Es de citarse el artículo 8º de la Ley 28 de 1932 y, además, la sentencia de prelación de créditos pronunciada en juicio ejecutivo, que es revisable en el de concurso de acredores, en atención a que su calidad de cosa juzgada es sólo formal o adjetiva, según estudio y concepto de esta Sala en sentencia de 15 de abril de 1942. (G. J., Tomo LIII, pág. 318).

Sobra decir que esta revisión es algo muy distinto del recurso que con el mismo nombre establece y reglamenta el C. J. en sus artículos 542 y siguientes.

El remedio de que aquí se trata lo da la ley contra el mal resultante de fallos que, por estar expuestos a este recurso, pueden reputarse provisionales y que se dictan sobre actuación breve ocasionada a error. Y como, de otro lado, la cosa juzgada requiere para producirse que en lo tocante a personas haya identidad jurídica, entendiéndose por tal lo definido en el artículo 474 **ibidem,** lógicamente no se ha reputado concedido el recurso a quien no fue parte en el juicio en que se dictó la sentencia por revisar o no derive su derecho de quien sí lo fue.

Esta opinión constituye el fundamento de la sentencia hoy recurrida; porque el Tribunal la pronunció en fuerza del hecho, para él concluyente, de que quien demanda aquí no fue actor ni reo en el mencionado juicio ejecutivo.

La sentencia de pregón y remate, que en realidad no tiene esa calidad en el sentido estricto de la palabra **sentencia,** probablemente reciba este nombre de la circunstancia de cerrar un capítulo o marcar una etapa en el juicio ejecutivo. Su revisión, por punto general, versa sobre el mandamiento ejecutivo, ya en sí y en su totalidad, para sostenér, por ejemplo, que no debió librarse, ya para discutir la cuantía de la obligación principal o algo tocante a sus accesorios, como si había o no lugar a intereses o sobre el tipo de éstos o fechas, etc. Naturalmente tales discusiones tienen que ser entre quienes fueron parte en el juicio ejecutivo. Desde ese punto de vista, no cabe que demande revisión un tercero, así sea alegando ser el dueño de algo que se remató para el pago como del deudor en el juicio ejecutivo. A ese tercero lo que le interesa es el bien suyo y no ese pleito considerado en sí.

El Código Judicial establece medidas de precaución en guarda de los terceros para evitar la persecución y, con más veras, la enajenación de bienes ajenos con el fin de pagar lo que debe un ejecutado. Así, por ejemplo, en su artículo 1023 faculta a toda persona distinta de la ejecutada para obtener que se levante el secuestro de bienes alegando que los poseía al secuestrarlos, con sólo dar caución de indemnizar a ejecutante y terceristas; y en su artículo 1008 exige, tratándose de inmuebles, el certificado del Registrador allí determinado, y dispone que el Juez ordene inmediatamente el desembargo y la can-

celación del embargo si del certificado no aparece que el ejecutado sea el poseedor inscrito de tal inmueble.

Más todavía: si a pesar de todo llegare en una ejecución a rematarse para el pago un bien que no es del deudor, su dueño puede reivindicarlo, siendo así que ese remate sería de cosa ajena y esta venta deja a salvo en su validez los derechos del verdadero dueño (C. C. artículos 741 y 1871). Y es de advertirse que en tal caso ese verdadero dueño reivindicaría como tal, sin necesidad de demandar la revisión de la sentencia de pregón y remate.

Indudablemente esa situación tan clara que hace ver desde luego la eficacia de esa vía para los derechos del tercero, no es, ni con mucho, la de un caso como el presente en que lo aplicado a pagar deudas del ejecutado no fue un bien de esa clase, sino dinero. En vista de esta circunstancia, sin duda, es como el recurrente sostiene que debe considerarse al señor Obispo investido de la acción revisoria, ya porque fue perjudicado con la inversión del dinero suyo en pagar deudas de la sucesión de Lindarte, ya porque, además, sus gestiones para el desembargo y sus otros pedimentos negados hacen ver que intervino en el juicio ejecutivo.

En fuerza de lo que se verá en seguida sobre imposibilidad legal de desconocer la validez de la entrega hecha por Buendía al Juzgado y del pago que éste hizo a Moncada, resulta inoficioso estudiar ese problema, puesto que, aunque se resolviera conceptuando como el recurrente, no podrían restituírse las cosas al estado en que se hallarían si no hubiera habido embargo o si se hubiera decretado el desembargo y, en tal pie, la sentencia no hubiera podido ordenar que el pago al ejecutante se hiciera con el dinero que adeudaba Buendía ni se hubiera requerido a éste para que lo entregase en ese juicio y con tal fin.

La cesión entre vivos por contrato oneroso y valor recibido que al señor Obispo hizo Lindarte el 4 de abril de 1934 por medio de nota puesta al dorso de la escritura constitutiva del depósito en manos de Buendía y de la hipoteca con que éste lo garantizó, no obró en el juicio ejecutivo, en el que obraron sólo los demás instrumentos ya citados, conforme a los cuales ese dinero se asignó por Lindarte para las obras pías antedichas, según su última voluntad, en forma que la orden de entregarlo con tal fin al señor Obispo y el hecho mismo de quedar éste investido de la acción hipotecaria con la mira, según palabras de Lindarte, de facilitar y asegurar esa entrega, determinó en ese juicio una situación tal que, por lo que hace al dinero, se trataba de un bien relicto, y por lo que hace al señor Obispo, ocurría pensar en un albaceazgo o en un mandato que por haber de ejecutarse después de la muerte del mandante, no terminaba con ésta, según el artículo 2195 del C. C.

Dentro de esa situación fue como se decretó el embargo y se notificó a Buendía y como éste manifestó lo que ya se vio al ser notificado, y como se negó el desembargo, y como se dictó la sentencia de pregón y remate, y como en su cumplimiento se ordenó a Buendía entregar. A él no le era dado desobedecer esta orden judicial ni tampoco tenía recursos legales que interponer contra esta orden ni ninguna otra de las providencias aludidas, no siendo parte en el juicio.

Esta sola consideración de tratarse de orden judicial no reclamable por él, bastaría para justificar la entrega que hizo, aunque no mediasen los significativos antecedentes mencionados. Al respecto son de traerse a cuento los artículos 1634 y 1637 del C. C.

De otro lado, como ya se vio, entonces no figuró la cesión a título oneroso de 4 de abril de 1934 que transfirió al cesionario el dominio de lo que hasta entonces no tenía sino la facultad de recibir como mandatario para los encargos testamentarios ya dichos. No estando esa cesión notificada a Buendía ni aceptada por éste, es de citarse el artículo 1963 **ibidem** que concurre a reforzar el concepto de validez de la entrega hecha por este señor.

Extinguida por el pago total su obligación, que era la indicada por el artículo 2246 del mismo Código, cayó consecuencialmente la hipoteca accesoria constituída para asegurar su cumplimiento.

El doctor Moncada, cuya calidad de acreedor no se discute y que en ella entabló la ejecución, recibió lo que correspondía al total de su crédito por principal, intereses y costas, en forma cuya legalidad está respaldada por lo mismo que ya queda expuesto en relación con la validez de la entrega hecha por Buendía al Juzgado o por orden de éste, y con los antecedentes referidos, entre los cuales, por lo que hace a la justificación del recibo por Moncada, está el concepto suyo, refrendado por Juzgado y Tribunal, de que el dinero de que Buendía era responsable pertenecía a la sucesión ejecutada.

Lo dicho hasta aquí conduce a rechazar los cargos formulados contra la sentencia recurrida dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J.

Prospera el siguiente, formulado dentro del motivo 2º de esa disposición, a saber: desligado, como ya se dijo, de la acción revisoria, hay un pedimento de la demanda que debe, consecuencialmente, estudiarse por separado y que el Tribunal no consideró por estimarlo comprendido en esa acción y por opinar que ésta no asiste al demandante. Esa súplica es la de que se declare la eficacia de la cesión hecha al actual demandante por Lindarte. El libelo en ese pedimento junta las dos cesiones antedichas, esto es, la de la acción hipotecaria encaminada a facilitar el recibo del dinero por el señor Obispo para cumplir las mandas pías tántas veces mencionadas aquí, y la del crédito mismo, hecha por acto entre vivos, a título oneroso el 4 de abril de 1934.

A más de que esta última cesión produjo los efectos de que habla el artículo 1193 del C. C., las precedentes consideraciones sobre mandato de Lindarte al señor Obispo hacen ver que la declaración demandada no puede hacerse respecto de la primera de aquellas cesiones. Pero la de 4 de abril de 1934, sobre la cual media la entrega del título a que se refiere en su primera parte el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, tiene que reconocerse como de plena eficacia entre cedente y cesionario, aunque para deudor y terceros quedara el caso en las circunstancias atendidas por el artículo 1960 del C. C.

Esto significa, de un lado, la responsabilidad que al cedente Lindarte, hoy sus herederos, impone el artículo 1965 **ibidem,** y de otro, que sobre los mismos pesa otra responsabilidad concomitante, cual es la que tiene el que consiente en que otro pague lo que él debe. Dícese esto, porque los herederos de Lindarte, ejecutados por deuda suya, vinieron a pagarla con un bien de que él se había desapoderado enajenándoselo al señor Obispo por valor recibido.

Se puso en duda la autenticidad de la nota de cesión y de la firma que la autoriza; pero la comprobó un cotejo. Se ha sugerido que la cesión es simulada; pero no hay constancia alguna de que una sentencia haya declarado tal simulación o siquiera de que se haya incoado juicio a este fin.

Los herederos del cedente Lindarte, que fueron los ejecutados, vieron pagar su deuda con un dinero de que éste se había desapoderado como ya se dijo. Deben, pues, reembolsarlo al dueño, cesionario de su causante, a quien adeudan intereses moratorios que, no habiéndo los convencionales, serán los legales (C. C., artículo 1617), a partir de la entrega que, así las cosas, en provecho de ellos hizo Buendía.

Las copias traídas del ejecutivo a este proceso no precisan el día de la entrega; pero sí que ella quedó completa en marzo de 1939. El 1º del subsiguiente abril ha de ser, pues, esa fecha inicial.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en segunda instancia el treinta de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro y, reformando la de primera instancia, dictada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta el dos de abril de mil novecientos cuarenta y tres, falla este pleito así:

1º Tiene plena eficacia y valor legal contra el señor José Lindarte, como cedente, hoy su sucesión, la cesión hecha por él en favor del Excelentísimo señor Obispo de la Diócesis de Pamplona, señor doctor Rafael Afanador y Cadena, por medio de nota de cuatro de abril de mil novecientos treinta y cuatro, en Cúcuta, puesta al dorso de la copia notarial registrada de la escritura pública otorgada ante el Notario de Salazar con el número quinientos veinticuatro, el siete de diciembre de mil novecientos veinticinco, en que se hizo constar la obligación del señor Jesús Buendía R. de devolver los diez mil pesos allí determinados; y en tal virtud adeudan esta suma, con sus intereses legales desde el primero de abril de mil novecientos treinta y nueve hasta el pago, al prenombrado señor doctor Afanador y Cadena los herederos del señor José Lindarte, a prorrata de sus cuotas hereditarias, herederos que son las señoras Pastora Lindarte de Buendía e Isidora o Heliodora Lindarte de García y señores José, José Antonio y Cipriano Lindarte;

2º No hay lugar a hacer ninguna de las restantes declaraciones solicitadas en la demanda inicial, de cuyos cargos se absuelve a los demandados;

3º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION. — ACTOS QUE NO IMPLICAN DE SUYO POSESION

1.—Es doctrina constante de la Corte la de que la acción reivindicatoria requiere, como uno de sus elementos esenciales, que el demandado sea poseedor, al punto de que, aunque obren los otros elementos necesarios para constituir ese presupuesto procesal, la acción no prospera si aquél falta; en otros términos: de nada vale al demandante encaminar su demanda a una cosa singular o a una cuota determinada proindiviso de una cosa singular y demostrar que es dueño de ella, si resulta que ha demandado a quien no la posee, es decir, a quien por no ser poseedor, carece de la personería sustantiva indispensable para ser la parte demandada.

2.—Ciertos actos como el de arrendar y percibir los cánones, sembrar y recoger las cosechas, cercar, hacer y limpiar desagües, atender a las reparaciones de una casa o terreno dados, no implican de suyo posesión, pues pueden corresponder a mera tenencia, ya que para aquélla han de ser complementados con el ánimo de señor o dueño, exigido, como base o razón de ser de la posesión, por la definición misma que de ésta da el artículo 762 del C. C., el cual, al definir la mera tenencia en su artículo 775, la hace contrastar con la posesión, cabalmente en función de ese ánimo, y agrega: "El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Zenón Arias Galindo demandó a Mercedes Gaona, Milcíades Rodríguez, Luis Franco y Carlos H. Romero en vía ordinaria, ejercitando acción reivindicatoria, para que se le declare dueño de los bienes ubicados en Tunja que el libelo alinda y para que se condene a los demandados a restituírselos con sus frutos, y también para que se declare extinguido el usufructo constituído sobre uno de esos inmuebles, que el libelo determina, en favor de la señora Gaona. Pide además condenación en costas a cargo de los demandados.

Correspondió por reparto este asunto al Juzgado 2º Civil del Circuito de Tunja, donde cursó la primera instancia y se decidió en sentencia de 16 de junio de 1943 que negó lo pedido y absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda, sin costas.

Apelada, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Tunja, quien la falló el 5 de octubre de 1944 reformando la del Juez, sin costas. La reforma consiste en que, si bien el Tribunal llega a conclusión absolutoria declarando que desestima las peticiones formuladas por el actor, así procede por hallar probada la excepción perentoria de petición de modo indebido.

Esta excepción como dilatoria la propusieron con éxito los demandados Romero y Franco Pulido, quienes en el respectivo incidente quedaron "exentos de la demanda", según palabras de la providencia de 14 de marzo de 1941 (Cuaderno 2º, folio 10).

Análogamente el Tribunal acogió esa excepción como perentoria, según ya se dijo, respecto de quienes quedaron formando la parte demandada, que fueron la señora Gaona y el señor Rodríguez. Ya contestada la demanda por éste, falleció. Esto dio ocasión a trámites que no viene al caso detallar aquí y a que en su puesto se halle en el litigio de ahí en adelante a sus herederos, que son sus padres, los consortes Patrocinio Rodríguez y Francisca Rátiva.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el demandante casación, recurso que hoy se decide después de recibir su tramitación debida.

Es fundamento cardinal de ambos fallos de instancia el hecho de no ser los demandados poseedores de los bienes sobre los cuales versa el litigio, en el que, repítese, la acción ejercitada es la reivindicatoria.

Como es sabido y como lo tiene declarado o reconocido en múltiples sentencias esta Sala, de conformidad con lo preceptuado en las disposiciones legales pertinentes, tal acción requiere, como uno de sus elementos esenciales, que el demandado sea poseedor, al punto de que, aunque obren los otros elementos necesarios para constituir ese presupuesto procesal, la acción no prospera si aquél falta; en otros términos: de nada vale al demandante encaminar su demanda a una cosa singular o a una cuota determinada proindiviso de una cosa singular y demostrar que es dueño de ella, si resulta que ha demandado a quien no la posee, es decir, a quien por no ser poseedor carece de la personería sustantiva indispensable para ser la parte demandada.

Ciertos actos como el de arrendar y percibir los cánones, sembrar y recoger las cosechas, cercar, hacer y limpiar desagües, atender a las reparaciones de una casa o terreno dados, no implican de suyo posesión, pues pueden corresponder a mera tenencia, ya que para aquélla han de ser complementados con el ánimo de señor o dueño, exigido, como base o razón de ser de la posesión, por la definición misma que de ésta da el artículo 762 del C. C., el cual al definir la mera tenencia en su artículo 775 la hace contrastar con la posesión cabalmente en función de ese ánimo, y agrega: "El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usutructo, uso o habitación les pertenece".

Fue distinguiendo entre una y otra como en sentencia de 1º de abril de 1944 (G. J. Tomo LVII, págs. 141 a 144) halló esta Sala justificada la negativa del Tribunal de Bogotá a la súplica de demanda encaminada a que al demandante se le declarase dueño de los inmuebles materia de la misma por haberlos poseído continua y, tranquilamente por el lapso necesario para ganarlos por usucapión. El demandante demostró haber ejecutado actos que eran de dueño al decir de los varios testigos cuyas declaraciones obtuvo dentro de esa causa, como sembrar, cosechar, cercar, edificar, etc., y sin embargo, fracasó en su pretensión, porque se halló comprobado que él había ejecutado tales actos como administrador de otro, es decir, no con ánimo de señor, sino reconociendo dominio ajeno.

En sentencia de 5 de diciembre último, no publicada aún en la Gaceta Judicial, se detiene esta Sala a exponer la aludida diferencia, o sea, la existente entre mera tenencia y posesión, y no casó el fallo recurrido en que el Tribunal de Pamplona negó las súplicas del demandante por haber dirigido su demanda contra quien era, no el poseedor del inmueble cuya reivindicación se demandaba, sino su mero tenedor.

La Corte dijo entonces:

"Nuestra ley define la reivindicación, que llama también acción de dominio, en función de su finalidad, al decir que aquélla es la que asiste al dueño de una cosa singular de que no está en posesión "para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla". (C. C., artículo 946). El título XII del Libro 2º de ese Código, que es el que dedica a esta acción, tiene capítulo separado, el 2º, sobre "quién puede reivindicar", y en él exige propiedad plena o nuda en el actor (artículo 950), o al menos que se halle en el caso de poder ganar por prescripción (artículo 951). Y tiene capítulo separado, el 3º, sobre "contra quién se puede reivindicar", y allí se lee, artículo 952: "La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor". A renglón seguido, artículo 953, habla del mero tenedor; pero no en manera alguna para señalarlo como posible demandado, sino, por el contrario, para obligarlo "a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene", a fin de señalárselo al demandante; de suerte que el artículo 954 impone indemnización de perjuicios al que "de mala fe se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo".

"Todo esto reafirma lo que ese Código, como acaba de verse, establece al definir la acción reivindicatoria y al precisar contra quién procede, fijando al poseedor como sujeto responsable. De otro modo, no sólo incurriría en contradicción, sino que desnaturalizaría la acción de dominio. Este es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor **—corpus et animus—** y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido.

"No cabe suponer ese conflicto sin tal pretensión en una y otra de las partes contendoras...

"El reconocimiento de que la acción reivindicatoria, tal como la define, encauza y reglamenta ese Código, no puede dirigirse válidamente sino contra el poseedor, ha sido tarea constante, no sólo de esta Sala, sino de las autoridades judiciales en general, en toda época. Innecesario

es y hasta fastidioso sería, en lo tocante a la Corte, hacer la lista de los fallos a que se alude".

En el presente pleito se ha comprobado que la sociedad conyugal formada por el matrimonio del demandante con la demandada Gaona se halla en liquidación por haberse decretado separación total de bienes y que en las diligencias respectivas se ordenó el secuestro de éstos y al proceder a practicarlo se dejó así en manos de la señora la casa que ahora se le demanda y que otro tanto sucedió respecto de Rodríguez y la casa que se demanda que él entregue al actor. Añade Rodríguez que él no tiene aún dominio sobre ninguno de los bienes sociales en singular, porque no ha habido aún adjudicaciones y mientras tanto sólo es cesionario de derechos de la señora considerados globalmente.

Esto significa que ellos no son sino meros tenedores, es decir, de conformidad con las leyes y doctrinas citadas, que no son poseedores, que no son las personas contra las cuales había de dirigirse la acción reivindicatoria sobre la cual versa este pleito. En otras palabras: que tiene pleno fundamento el concepto en que el Tribunal basó su fallo, y que por lo mismo, éste no debe romperse.

Aunque esta conclusión queda respaldada por las consideraciones precedentes, se entra en el análisis de los cargos que la demanda de casación formula contra el fallo recurrido.

Dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., se acusa de violación directa, interpretación errónea y aplicación indebida de disposiciones legales sustantivas y de violación indirecta de otras por error en la apreciación de determinadas pruebas.

Aquéllas son ante todo los artículos 946, 949, 950 y 953 del C. C., de un lado, y los artículos 1805 y 1806 del mismo, de otro.

De estas disposiciones, las primeras, referentes a la acción reivindicatoria, se dicen violadas por no haberse decretado ella. Y ya se vio cómo no es posible acogerla por haberse dirigido la demanda contra personas distintas de las obligadas a responder. No es, pues, admisible el cargo.

Y las restantes, se dicen violadas porque el Tribunal desconoció la jefatura de la sociedad conyugal, representación y demás atribuciones del marido al tenor de esos artículos del Código, vigentes hasta que entró a regir la ley 28 de 1932 y, por tanto, cuando Miguel vendió los bienes que hoy reclama el actor por haberlos adquirido en compra más tarde. No prospera el cargo, porque el Tribunal ni siquiera tuvo ocasión de estudiar ese problema, lo que halló inconducente en vista de lo antedicho sobre estar mal dirigida la demanda, puesto que aunque todo lo afirmado por el demandante respecto de su dominio actual sobre los bienes demandados se tenga a ciegas por exacto, ni aún así puede decretarse lo pedido, en fuerza de lo antedicho sobre falta de personería sustantiva de los demandados por no ser poseedores y no proceder la acción reivindicatoria sino contra el poseedor.

Otro tanto ocurre observar respecto de los artículos 205 y 207 de ese Código, de cuyo quebranto se acusa. Junto con ellos se enumeran como violados también los artículos 328 y 329 de esa obra, derogados desde 1887, y el artículo 222, relativo a cuestiones del todo extrañas a las de la presente litis.

A ese capítulo de acusación sigue en otro la lista de disposiciones violadas, al decir del recurrente, por error en la interpretación de la demanda y en la apreciación de las pruebas con que, según él, se llenó la exigencia de identificación y singularización de los bienes demandados, acerca de lo cual el Tribunal anota deficiencias. El cargo o grupo de estos cargos no incide casación, entre otras razones porque, aunque se acogiera plenamente lo argüido al respecto por el recurrente, ello significaría que esos reparos del Tribunal no quedarían justificados; pero no que desapareciera la circunstancia de no ser poseedores los demandados, que es decisiva y por sí sola sostiene el fallo recurrido.

El Tribunal halla deficiencias sobre la identidad y singularización de los inmuebles materia de la demanda y deduce de allí nuevo argumento para su fallo negativo. El recurrente sostiene que no hay tal deficiencia y que el Tribunal la halla porque yerra en la apreciación de las escrituras, inspección ocular, dictamen pericial y demás pruebas pertinentes.

La circunstancia de bastar lo antedicho sobre posesión y mera tenencia en relación con la personería necesaria en un juicio de dominio, hace inoficioso, repítese, estudiar estos otros cargos que, aún en el supuesto de ser acogidos, no producirían la infirmación del fallo recurrido, el cual en todo caso conserva ese soporte, que le es suficiente.

Invoca la demanda de casación el 2º motivo de los del artículo 520 del C. J., el que funda en que dejó de hacerse la declaración solicitada en el punto 1º del libelo sobre dominio del deman-

dante, acerca de lo cual dice que esto es independiente de la calidad de poseedores en los demandados, y por tanto debió decidirlo el Tribunal, aun dentro del concepto de que los demandados por no ser poseedores carecen de personería.

Es verdad que el dominio de una persona sobre una cosa es independiente de su acierto o desacierto en señalar la persona del demandado; pero no por ello deja de ser verdad que aquella solicitud hace parte integrante de la demanda de reivindicación, porque en el presente caso el libelo se redactó sobre el pie de que las demandas de esta clase han de solicitar como paso preparatorio la declaración de dominio en favor del demandante para, en seguida, con ese fundamento hacer la sentencia la condenación de entrega, que es en rigor lo que constituye la intención de la demanda. Muchas veces se ha advertido la falta de necesidad de ese paso preparatorio o previo; pero lo habitual o frecuente es solicitarlo. En el presente caso, que es lo pertinente, basta observar que aquí así se procedió. Y si esa petición es parte integrante de la demanda reivindicatoria y de ésta no están obligados a responder los demandados, es obvio que no hay lugar a acceder a aquélla, lo que, por otra parte, en nada afecta al actor, puesto que si efectivamente fuere dueño, no deja de serlo porque se abstenga de declararlo una sentencia dictada en juicio de él contra meros tenedores, que, cabalmente por esto mismo se abstuvo de estudiar lo tocante a si el actor es dueño o no.

La demanda contiene una súplica que por no corresponder precisamente a la acción reivindicatoria, debió ser estudiada separadamente, sin abstención basada en lo antedicho sobre que el mero tenedor no responde de esta acción. Esa súplica es la de que se declare terminado el usufructo constituído a favor de la señora Gaona sobre la finca señalada al efecto en el libelo, por el advenimiento de la condición resolutoria a que se le sometió al constituírlo, que fue la de no enajenar.

Pero la demanda de casación no contiene reclamo ni cargo al respecto, por lo cual, no estando **sub judice** dentro del recurso y ante la Sala este problema, ella no puede estudiarlo.

Da ocasión, eso sí, para añadir un argumento a los ya expresados sobre que los demandados son meros tenedores, a saber: la señora Gaona entró a ocupar esa finca en virtud de ese usufructo, es decir, en calidad de mera tenedora como usufructuaria, y el demandante al formular su referida súplica sobre cesación de este derecho, implícitamente afirma que la señora Gaona permanece en esa calidad aún hoy día.

Cuando se procedió al secuestro antedicho de los bienes de la sociedad conyugal en la actuación sobre separación de bienes, se dejó en manos de ella ese inmueble en atención a la entrega que le había hecho el Juzgado anteriormente, sin que conste en esta entrega ni en aquella diligencia ulterior nada que condujera a entender que algo ocurriera en cuya virtud se hubiera cambiado en posesión la mera tenencia de que viene hablándose; de suerte que esta situación subsiste ante las pruebas que obran en el preceso, que es la obligada base para el sentenciador, según el artículo 593 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón.—Srio. en ppdad.

ACCION DE IMPUGNACION DE LA LEGITIMIDAD DE UN HIJO

La ley 45 de 1936 está inspirada en el sentido justiciero y humanitario de amparo al nacido fuera de matrimonio; pero no por ello deja de establecer limitaciones que el juzgador no puede pasar por alto. Así, por ejemplo, en principio prohibe el reconocimiento como natural de un hijo concebido por mujer casada y establece como excepción el desconocimiento de la paternidad por el marido y sentencia ejecutoriada que declare no ser hijo suyo. En otras palabras, para la posibilidad de que el concebido por mujer casada sea reconocido como hijo natural — y de su peso se cae que será de padre que no es el marido — es preciso que éste lo desconozca y que una sentencia ejecutoriada refrende, por decirlo así, o dé valor o existencia legal y eficacia a ese desconocimiento. Así concilia la ley 45 su aludido interés protector con el de la sociedad y de la familia a que corresponde la presunción de legitimidad del concebido durante el matrimonio de sus padres.

2. — Cuando la mujer ha abandonado el hogar y le nace un hijo después del décimo mes de tal abandono, el marido puede en cualquier tiempo, impugnar la legitimidad de ese hijo; pero, como sobra decirlo, su demanda tiene que invocar esos hechos y de cargo suyo es probarlos. Del propio modo debe alegar y probar el adulterio de la mujer cuando es el caso y en ello funda su impugnación, o, mejor dicho, con ello ha de dar cabida a otras pruebas. Y cuando, como en el caso presente, no se invocan esas causales, lo procedente y necesario es demostrar la imposibilidad física absoluta requerida por el artículo 214 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

John Oscar Svendblad demandó por medio de apoderado a Edgard Schwartz, a Blanca Soler y al menor Edwin John para que, con intervención del Ministerio Público, por sentencia dictada en vía ordinaria se declare que aquel menor no tiene el carácter de hijo del demandante.

La demanda se repartió el 23 de julio de 1943 al Juzgado 1º Civil de este Circuito, donde, después de proveer de curador para la litis al menor prenombrado, admitida aquélla cursó la instancia, la que se cerró con la sentencia de 27 de mayo de 1944 que negó lo pedido. Apelada por Svendblad, Schwartz y la Soler, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior, quien dictó fallo confirmatorio en el de 16 de diciembre siguiente, contra el cual el actor interpuso casación, recurso que aquí se decide.

El demandante y Blanca Soler se casaron en Medellín el 12 de noviembre de 1919, y el 4 de diciembre de 1927 nació en Bogotá un niño bautizado el 1º del siguiente enero con el nombre Edwin John, como hijo legítimo de este matrimonio.

Este y aquel nacimiento son, en su orden, el primero y el segundo de los hechos que como fundamentales aduce la demanda. Los completa el apoderado del demandante así: "3º Recientemente mi representado ha logrado convencerse de que el menor Edwin John no es su hijo, pues su verdadero padre es el señor Edgard Schwartz y su verdadera madre, la expresada señora (la Soler); 4º El señor Svendblad desconoce la paternidad del menor Edwin John, según consta en el memorial poder que antecede".

Este poder, presentado por Svendblad personalmente en el Consulado General de Colombia en San José de Costa Rica el 7 de junio de 1943, dice en lo pertinente: "..... desconozco como mi hijo al menor Edwin John, hijo del señor Edgard Schwartz y de la señora Blanca Soler....." Agrega que, en consecuencia, confiere el poder especial al abogado que allí designa, "para que inicie y lleve a su terminación las acciones conducentes a obtener la declaración judicial de que el señor Edwin John no tiene la calidad de hijo mío".

Los demandados no contestaron la demanda, ni alegaron. El Agente del Ministerio Público, advirtiendo que en estos juicios no es parte, manifestó abstenerse de conceptuar en el fondo. El Juzgado negó porque la demanda es posterior al plazo que señala la ley para impugnar la paternidad, o sea los sesenta días fijados por el artículo 217 del C. C., y

agregó que no se trata del caso contemplado por el artículo 6º de la Ley 95 de 1890 para poder admitir en cualquier tiempo tal acción.

El Tribunal estudia esta acción detenidamente en sus diversos aspectos y casos, no sin observar que de éstos el único pertinente es el del artículo 217 citado, porque no se aduce ninguna de las causales que situaran esta controversia en alguno de los restantes casos aludidos. Precisado así el litigio, indaga la fecha inicial de la acción para el actual demandante, y después de anotar que el único dato fehaciente del conocimiento que él tuviera del nacimiento es el poder que confirió para este juicio, datado el 7 de junio de 1943, concluye que por ser la demanda de julio subsiguiente, la acción no estaba prescrita; pero a renglón seguido opone a este concepto el de que a la redacción misma del poder corresponde la conjetura de que ese conocimiento fue anterior a aquel 7 de junio, lo que se ve corroborado por la demanda cuando habla de que recientemente ha logrado convencerse de que Edwin John no es hijo suyo.

Planteada así la cuestión por el Tribunal, agrega que, cualquiera que sea la fecha del conocimiento por Svendblad del nacimiento de Edwin John, esto es, así se haya incoado la acción o no fuera de tiempo, no puede prosperar por no estar demostrada la imposibilidad física del demandante para tener acceso a su mujer en la época en que se presume la concepción según el artículo 92 del C. C.

El artículo 217 del C. C. en su inciso 1º dice: "Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto".

De ahí la importancia que el Tribunal dio a la referida cuestión de fechas. Pero, como acaba de verse, encontró que el verdadero problema no está en la oportunidad o retardo con que se iniciara el juicio, sino en algo que decide la demanda negativamente, aunque la respuesta de aquella cuestión fuese favorable, y es que no está acreditada la circunstancia exigida precisamente por el artículo 214 de ese Código en su inciso 2º Esta disposición dice en su inciso 1º "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él y tiene por padre al marido". Ya el artículo 213 había dicho: "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo". Así consagra nuestra ley la conocida presunción **pater is est quem nuptiae demostrant".**

Volviendo al artículo 214, a cuyo inciso 2º se aludió como cardinal fundamento de la negativa en referencia, conviene transcribirlo. Dice: "El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

Y efectivamente, esta circunstancia no se comprobó de manera alguna en el proceso.

Nótese que no se ha hablado de que la mujer abandonara definitivamente el hogar conyugal y el nacimiento se verificara después del décimo mes siguiente al día de ese abandono (Ley 95 de 1890, artículo 6º); ni de adulterio de la mujer que, aun cometido en la época de la concepción, por sí solo no autorizaría el desconocimiento, pero probado haría admisible la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que el marido no es el padre; ni de divorcio por adulterio (artículo 5º de la citada Ley 95). La demanda, repítese, se situó dentro del transcrito artículo 214; y, así las cosas, la ausencia de prueba de la referida imposibilidad física, que ha de ser absoluta, al tenor de esa disposición, impone el fallo negativo.

Esta opinión, ajustada extrictamente al proceso, cobra mayor justificación, si cabe, al tener en cuenta la Sala, como no puede menos de hacerlo por constar en documento oficial, como es su órgano de publicidad, que ella conoció en casación del juicio iniciado el 31 de mayo de 1940 en el Juzgado 8º de este Circuito, sentenciado allí el 29 de abril de 1941, en fallo de que apelaron ambas partes, y decidido en segunda instancia confirmatoria del Tribunal el 1º de septiembre de 1942, no invalidada por la Corte, según fallo de 30 de marzo de 1943, publicado en la Gaceta Judicial a folios 255 a 257 del Tomo LV).

Ese juicio fue incoado por Edgard Schwartz contra Oscar Svendblad con el fin de que se declarara que el menor Edwin John es hijo natural del demandante y que el demandado no tiene el carácter de padre de ese menor.

Ante este hecho es inadmisible que para julio de 1943 no se hubieran cumplido todavía los sesenta días señalados en el artículo 214 del C. C. El artículo 223 del mismo comienza preceptuando: "Ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el juez....."

El recurso.

El recurrente acusa por aplicación indebida del citado artículo 214, razonando en suma así: el modo de considerar el Tribunal este problema y deci-

dirlo mediante una interpretación rígida de esta disposición legal, significa el desconocimiento de la reforma de 1936, porque si el artículo 3º de la Ley 45 de ese año requiere para que pueda ser reconocido como natural el hijo concebido por mujer casada, que el marido lo desconozca y una sentencia ejecutoriada declare que no es hijo de éste, al exigir para tal sentencia pruebas casi imposibles, se cierra el camino a la eficacia de lo que sobre reconocimiento del hijo natural está ya autorizado hoy día.

Acusa de violación del artículo 4º de la misma Ley 45 por error en la apreciación de la prueba testimonial. Los testigos, que son dos, afirman conocer a Schwartz, la Soler y el menor y haber presenciado por más de diez años que aquéllos tratan a éste como hijo suyo, así han proveído a su crianza y educación, presentádolo a sus relacionados, entre ellos los declarantes, y que todos reputan que efectivamente el menor Edwin John es hijo de aquéllos. El Tribunal no halla pertinente esta prueba porque el juicio no es sobre filiación natural; y el recurrente funda su mencionado cargo en que, aunque no se trate ahora de esta filiación directa e inmediatamente, se va hacia ella porque la presente causa se sigue con el fin de abrirle la senda.

Finalmente, acusa por infracción directa del artículo 406 del C. C., según el cual ni prescripción ni fallo alguno podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros. El recurrente deriva este cargo de que al negarse la impugnación formulada por Svendblad, se desconoce aquel derecho de Schwartz.

Se considera:

El presente juicio tiene que estudiarse y decidirse sin olvidar quién es el demandante, qué es lo que se demanda y cuáles son las pruebas aducidas en relación con los hechos presentados como fundamentales. A esto obligan el artículo 593 y el 471 **in fine** del C. J. Así las cosas, basta ver que Schwartz no es el demandante para reconocer la improcedencia de este último cargo. No sobra agregar que, si fuera el demandante y se presentara como verdadero padre invocando el artículo 406, el juicio no podría decidirse tan sencillamente como podría suponerse ante esta sola disposición, puesto que, tratándose de hijo concebido por mujer casada, precisamente tendría que escucharse la disposición legal especial para este caso.

La Ley 45 está inspirada en el sentido justiciero y humanitario de amparo al nacido fuera de matrimonio que pone de presente el recurrente; pero no por ello deja de establecer limitaciones que el juzgador no puede pasar por alto. Así, por ejemplo, en principio prohibe el reconocimiento como natural de un hijo concebido por mujer casada y establece como excepción el desconocimiento de la paternidad por el marido y sentencia ejecutoriada que declare no ser hijo suyo. En otras palabras, para la posibilidad de que el concebido por mujer casada sea reconocido como hijo natural — y de su peso se cae que será de padre que no es el marido — es preciso que éste lo desconozca y que una sentencia ejecutoriada refrende, por decirlo así, o dé valor o existencia legal y eficacia a ese desconocimiento. Así concilia la Ley 45 su aludido interés protector con el interés de la sociedad y de la familia a que corresponde la presunción de legimitidad del concebido durante el matrimonio de sus padres, sobre la cual se habló ya citando los artículos 213 y 214 del C. C.

La aludida prueba testimonial sobre manera de conducirse Schwartz con Edwin John, que sería procedente si el juicio versara sobre filiación natural, como el Tribunal observa, no lo es en el presente, entablado sobre impugnación de la legitimidad por el marido, como precisamente tenía que ser según el artículo 216, **ibidem.**

Además, salta a la vista que el afecto y solicitud de alguien por un niño no es de suyo prueba de que éste sea su hijo. Junto con otros elementos probatorios podrá conducir a demostrarlo, en su caso, que es el aludido de filiación natural; también los testimonios de esa clase son adecuados para la prueba supletoria del estado civil. Pero, repítese, este juicio es meramente y exclusivamente de impugnación de la legitimidad, sin que el propósito de derruír con su sentencia la valla que se opone al reconocimiento antedicho por Schwartz, pueda cambiarle su naturaleza.

Cuando la mujer ha abandonado su hogar y le nace un hijo después del décimo mes de tal abandono, el marido puede en cualquier tiempo impugnar la legitimidad de ese hijo; pero, como sobra decirlo, su demanda tiene que invocar esos hechos y de cargo suyo es probarlos. Del propio modo debe alegar y probar el adulterio de la mujer cuando es el caso y en ello funda su impugnación o, mejor dicho, con ello ha de dar cabida a otras pruebas. Y cuando, como es el caso presente, no se invocan esas causales, lo procedente y necesario es demostrar la imposibilidad física absoltua requerida por el transcrito Art. 214. Aquí nada se probó sobre ella. La demanda simplemente se funda en que el marido ha venido a convencerse de que el hijo no es suyo, y bien se ve la debilidad e ineficacia de esta sola convicción personal de él en la mira de suministrar para la impugnación la solidez legalmente requerida cuando se trata de destruír la presunción de que tantas veces ha hablado este fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Firmados).

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR SUPUESTA FALTA DE PAGO DEL PRECIO. — CONFESION

1. — En el caso de autos incurre el Tribunal en error de derecho al dividir la confesión hecha por Roa, pues la acepta en cuanto dice que no pagó el precio al momento de otorgar la escritura, pero la rechaza en la parte o frase en que el confesante asevera haber pagado tal precio en tiempo diferente. Esa confesión es preciso aceptarla o rechazarla en su totalidad, según lo preceptuado por el artículo 609 del Código Judicial, pues la modificación, aclaración o explicación es concerniente al mismo hecho. A tanto equivale decir: "No pagué en ese momento, pero sí después", como decir: "Sí pagué aun cuando no en el momento porque se me pregunta".

2. — Mal puede llegarse a la conclusión de la resolución de un contrato de compraventa fundándose el sentenciador en que resulta demostrada la simulación del mismo. Notorio error, porque la resolución de un contrato supone su plena existencia y validez, en tanto que la simulación total implica lo contrario. Si el vendedor afirma que el contrato fue simulado, mal puede sostener al propio tiempo que el comprador está en mora de pagar el precio — un precio en realidad inexistente — ni acogerse a la opción establecida por el artículo 1930 del Código Civil de exigir el precio o la resolución del contrato con resarcimiento de perjuicios. En el caso de autos el demandante incurrió en el error de confundir precio no existente — que daría lugar a la acción de simulación — con precio existente pero no pagado, que es el caso que da lugar a la acción de resolución del contrato, error en el cual hizo caer al Tribunal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Surtidos como están todos los trámites del recurso de casación en el presente negocio, la Corte procede a decidir sobre dicho recurso.

Antecedentes.

Por escritura pública número 91 otorgada en el municipio de San Andrés, con fecha 26 de abril de 1928, Joaquín Rodríguez transfirió a título de venta en favor de su yerno Trino o José Trinidad Roa sus bienes, consistentes en varios terrenos y una casa,, ubicados todos en los campos de aquel vecindario. Dice tal instrumento que la venta se hace por cuatro mil pesos ($ 4.000.00) que el vendedor declara recibidos del comprador en moneda corriente a su satisfacción.

En noviembre de 1942 Joaquín Rodríguez propuso ante el Juez de Circuito de San Andrés demanda ordinaria contra José Trinidad Roa para que se declare resuelto aquel contrato de compraventa por no haber pagado Roa el precio cuando se otorgó la escritura ni después.

La demanda se concreta, así en la parte narrativa de los hechos como en la petitoria, a ese punto preciso de no haberse pagado el precio, a la consiguiente resolución del contrato y a la solicitud de que se ordene cancelar el registro de dicha escritura.

El Juez de primera instancia dijo que la confesión del demandado podría tenerse como prueba del incumplimiento del contrato; pero que al examinar la absolución de posiciones en que la hizo, se ve que la pregunta capital contiene tres hechos diferentes, y así no sería posible asignarle pleno valor sin violar lo dispuesto por el artículo 612 del Código Judicial; y que no habiendo para desvirtuar lo declarado por las partes en la escritura pública otra prueba de igual categoría, era el caso de absolver al demandado, como en efecto lo hizo, sin costas a cargo del actor.

La sentencia recurrida

Apelado por ambas partes el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior de Bucaramanga lo revocó y, en su lugar, declaró: 1ª Resuelto, por incumplimiento del demandado, el aludido contrato; y 2ª Sin valor ni efecto la escritura pública en que se consignó ese mismo contrato.

El Tribunal estudia primero en su sentencia las excepciones de prescripción adquisitiva del dominio e inepta demanda, propuestas por el demandado, las cuales halla infundadas el sentenciador; y entra luégo en el examen de las pruebas.

Considera, ante todo, que la aseveración hecha por el actor de que José Trinidad Roa no le entregó los $ 4.000.00 ni antes ni después del contrato, resulta acreditada por la propia confesión del demandado al absolver posiciones.

Después de transcribir lo pertinente de algunos testimonios declara el Tribunal que apenas constituyen una prueba deficiente e incompleta, pero que "armonizándola con lo confesado en posiciones, alcanza una gran fuerza demostrativa".

Dice el sentenciador: "obra de autos igualmente la confesión clara y terminante del demandado de que el contrato contenido en la escritura número 91 es fingido o simulado, como aparece de la respuesta a la posición 7ª del cuadro que absolvió el 27 de mayo de 1942". De donde deduce el tribunal que destruída así por su base la aseveración hecha en la cláusula 2ª de la escritura, o sea la referente al pago, "y teniéndose que hacer éste en el momento del contrato, es claro que Roa dejó de cumplir una obligación que el mismo contrato le imponía y por consiguiente se colocó en estado de mora; lo cual da derecho al vendedor demandante a pedir la resolución del contrato, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1930 del Código Civil.

En otros pasajes de la sentencia insiste el Tribunal en la afirmación de que la "simulación, aceptada por el demandado" y corroborada por indicios graves, lo lleva a concluír "que no hubo pago en el contrato y por tanto no habrá lugar a devolución alguna por parte del demandante" al ordenar que le sean entregadas o devueltas las fincas.

El recurso

El demandado interpuso casación contra la sentencia del Tribunal e invoca dos motivos: violación de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, e incongruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Aun cuando el apoderado no formula expresamente el cargo de violación indirecta de la ley sustantiva por errónea apreciación de las pruebas, sí analiza detalladamente las posiciones absueltas por el demandado, para concluír que el Tribunal sentenciador incurrió en error de derecho al apreciarlas como una verdadera y válida confesión (artículo 612 del Código Judicial); y que este error condujo a la violación de los textos legales siguientes: Código Civil, artículos 1518, 1519, 1602, 1740, 1741, 1769 y 1770; Código Judicial, artículos 593, 601, 604, 612 y 617.

También estudia la prueba testimonial y la de indicios aseverando que hubo error de derecho al apreciarlas, de donde resultan violados: del Código Civil, los artículos 1502, 1517, 1519, 1524, 1609, 1740, 1741, 1759, 1765, 1767 y 1930; y del Código Judicial, los artículos 593, 594, 595, 596, 598, 669, 670, 682, 687, 698, 699 y 701.

Sostiene, además, que la sentencia incurrió en error de hecho y de derecho al estimar que el demandado está en mora de pagar el precio, pues el mismo demandante confiesa que no le hizo entrega de todos los bienes vendidos, ya que aún se halla en poder de éste una de las fincas; y que hubo error de derecho al fallar sobre las excepciones de inepta demanda y prescripción que el recurrente considera fundadas así: la de inepta demanda, por haberse dirigido la acción únicamente contra José Trinidad Roa, no contra la sociedad conyugal formada por éste y Nieves Rodríguez; y la de prescripción porque el transcurso del tiempo ha hecho dueño a Roa de los bienes que con justo título ha venido poseyendo durante catorce años. Sobre estos puntos señala como violados los siguientes artículos del Código Civil: 756, 1546, 1556, 1609, 1800, 1929 y 1930; y además estos otros: 1781, 1782, 1785, 1788, 1793, 1797 y 1805.

En cuanto a la causal 2ª dice que en la demanda se pidió únicamente la resolución del contrato; pero que el actor, en los alegatos de instancia planteó el punto de la simulación; que el Tribunal encontró probada la nulidad del contrato y así lo decidió en el numeral 2º de la sentencia, pero al propio tiempo declaró resuelto el contrato, cosa incompatible con la nulidad del mismo. Señala como disposiciones legales violadas por este aspecto, los artículos 740, 742, 749, 765, 766, 1759, 1761 y 1766 del Código Civil; y 593, 594, 597, 601, 472, 471 y 660 a 667 del Código Judicial.

Examen de los cargos

La Corte encuentra fundados los dos primeros que formula el recurrente, o sea, el de haber incurrido el Tribunal en error de derecho al apreciar la prueba de confesión y en error de derecho al apreciar la prueba testimonial.

El sentenciador, al transcribir lo pertinente de los testimonios producidos por la parte actora, hace ver cómo las declaraciones, aunque prueba deficiente y de oídas, atestiguan que el contrato contenido en la escritura número 91, fue simulado. Hé aquí la ver-

sión del negocio: Joaquín Rodríguez y su consorte Ceferina Ramírez, en momentos de grave enfermedad de ésta, resolvieron hacer escritura de venta de los bienes propios de Ceferina en favor de los hijos habidos por ella en un primer matrimonio, y traspasar también los bienes pertenecientes a Joaquín Rodríguez, o los adquiridos durante el matrimonio de éste, a Nieves Rodríguez, hija de Rodríguez y la Ramírez, determinación esta última que pusieron por obra en la escritura pública motivo de este pleito, donde aparece que Joaquín Rodríguez transfiere sus bienes, a título de venta, a José Trinidad Roa (marido de Nieves Rodríguez Ramírez) comprador que en realidad no vino pagando el precio que en la escritura dice haber recibido el vendedor a su satisfacción. Suegro y yerno vivieron juntos por largos años trabajando en común las fincas, pero ocurrió al cabo un disgusto entre ellos y entonces se separaron quedando Roa apoderado de todos los bienes, excepto del predio denominado "La Tachuela", que continuó en poder de Joaquín Rodríguez. Dicen los testigos que tales escrituras de supuestas compraventas se hicieron con dos finalidades: evitar los gastos y dificultades del juicio de sucesión de Ceferina Ramírez, cuya muerte se creía inminente, y deslindar los derechos de Nieves y los correspodientes a los hijos del primer matrimonio

Ahora bien: el actor propuso su demanda con la mira exclusiva de que el contrato de compraventa se declarara resuelto, y nada dijo el libelo acerca de simulación del contrato. En estas circunstancias la prueba testimonial que versa únicamente sobre simulación, no podía apreciarse como demostrativa de la resolución del contrato, por lo que adelante se dirá.

Sostiene el Tribunal que el demandado está en mora de pagar el precio, y trata de demostrarlo con una argumentación que puede sintetizarse así:

Del cuadro de posiciones absueltas extra-juicio por Roa el 27 de mayo de 1942 aparece que al preguntársele si es cierto que no pagó en el momento de la escritura los $ 4.000.00, como tampoco los ha pagado después, contestó: "yo le pagué, en catorce años que hace soy dueño de esas fincas ya le pagué; por supuesto que le pagué, le fuí dando de a poca plata". En estas circunstancias, dice el Tribunal, la aseveración contenida en la escritura, de que el tradente recibió el precio a su satisfacción, queda totalmente desvirtuada con esta confesión". Y más adelante agrega o concluye que no habiéndose pagado el precio en el momento del contrato, Roa dejó de cumplir la obligación que éste le imponía y, por consiguiente, se halla en mora.

Incurre el Tribunal en error de derecho al dividir la confesión hecha por Roa, pues la acepta en cuanto dice que no pagó el precio al momento de otorgar la escritura, pero la rechaza en la parte o frase en que el confesante asevera haber pagado tal precio en tiempo diferente. Esa confesión es preciso aceptarla o rechazarla en su totalidad, según lo preceptuado por el artículo 609 del Código Judicial, pues la modificación, aclaración o explicación es concerniente al mismo hecho. A tanto equivale decir: "no pagué en ese momento, pero sí después", como decir: "sí pagué aun cuando no en el momento porque se me pregunta".

Anticipándose a la posible objeción de que si Roa no pagó el precio al tiempo de la escritura sí lo hizi después, poco a poco, durante los catorce años siguientes, dice el Tribunal que esta defensa queda desmentida con la confesión del demandado, hecha al contestar otra pregunta del mismo cuadro de posiciones, respuesta en la cual declara que el contrato fue simulado. Este es otro error en que incurre el Tribunal, pues da por demostrados con una misma confesión dos hechos que se excluyen como son la mora en pagar y al propio tiempo la inexistencia de la obligación por haber sido simulado el contrato que la originó.

En estas circunstancias constituye error de derecho atribuírle a las posiciones absueltas por el demandado una plena fuerza de que carecen en lo relativo al estado de mora con el cual se pretende obtener la declaración de resolución del contrato.

Lo que ocurre es que habiéndose intentado la acción de resolución, y exclusivamente ésta, en el curso del juicio se produjeron testimonios tendientes a demostrar la simulación del contrato. Aún más: en los pliegos de posiciones que debía absolver el demandado, el actor expresó de modo inequívoco y terminante en sus preguntas — y esto no una sola vez, sino varias — que el contrato había sido simulado.

En los alegatos de conclusión el apoderado del actor arguye categóricamente sobre la simulación.

Más aún: ante la Corte repite lo mismo el apoderado que para casación constituyó Joaquín Rodríguez, pues al hacer el relato de los antecedentes o historia del asunto dice:

"Un buen día la esposa de don Joaquín, doña Ceferina Ramírez de Rodríguez, enfermó de gravedad y ante la posibilidad de un desenlace fatal, se convino, para evitar el juicio de sucesión, ya que Nieves sería quien a la postre recogería parte de la herencia, en hacerle a José Trinidad su legítimo esposo, escritura de venta de los bienes relacionados en el instrumento público número 91 de fecha 26 de abril de 1928, corrido en la Notaría 2ª del Circuito

de San Andrés, como en efecto ocurrió, no mediando por parte del comprador pago alguno, como era natural, ya que se trataba de una venta fingida o simulada o, como suele decirse por aquellos contornos, de una escritura de confianza".

En capítulo anterior de la presente sentencia se hace ver cómo el Tribunal, para llegar a la tesis de la resolución del contrato se funda en que resulta demostrada la simulación del mismo. Notorio error porque la resolución de un contrato supone su plena existencia y validez, en tanto que la simulación total implica lo contrario.

Si el vendedor afirma que el contrato fue simulado, mal puede sostener al propio tiempo que el comprador está en mora de pagar el precio — un precio en realidad inexistente — ni acogerse a la opción establecida por el artículo 1930 del Código Civil de exigir el precio o la resolución del contrato con resarcimiento de perjuicios.

El demandante incurrió en el error de confundir precio no existente — que daría lugar a la acción de simulación — con precio existente pero no pagado, que es el que da lugar a la acción de resolución del contrato, error en el cual hizo caer al Tribunal.

De lo expuesto se deduce que no hay prueba para declarar resuelto el contrato, porque el demandado no hizo la confesión que el Tribunal le atribuye de estar debiendo el precio; y porque la abundante prueba testimonial tampoco demuestra la mora en el pago sino que tiende a establecer la simulación del contrato. Resulta así que el actor demandó la resolución del contrato, pero su labor probatoria, y sus repetidas declaraciones en el curso del juicio, han tendido a demostrar la simulación, punto que no podría resolverse en el presente juicio sino en otro diferente, puesto que lo demandado es tan sólo la resolución del contrato. Por tanto la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga fechada el 30 de agosto de 1944, y en su lugar confirma la que con fecha 6 de agosto de 1943 profirió el Juzgado del Circuito de San Andrés, la cual absuelve a José Trinidad Roa de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS. — INCONGRUENCIA. — PERJUICIOS PREVISTOS E IMPREVISTOS

La causal 2ª de casación, conforme al artículo 520 del C. J., sólo es procedente, ya cuando en el fallo se decide sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita), o cuando se deja de resolver sobre algunos de los que fueron objeto del litigio (extra petita), o ya porque se condenare a más de lo pedido (plus petita), o se dejare de fallar sobre algunas de las excepciones perentorias oportunamente alegadas, cuando era el caso de hacerlo (mínima petita). Unicamente cuando incurre el fallo en alguno de esos excesos u omisiones es cuando podría decirse que se rompe la armonía que por ministerio de la ley debe prevalecer entre lo pedido en el juicio y lo decidido en la sentencia.

2. — El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por éstos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de sus obligaciones, y de éstos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte. (Artículo 1616, C. C.)

3. — La Corte, siguiendo la doctrina de los tratadistas, tiene sentada jurisprudencia de que el incumplimiento o el cumplimiento retardado de una obligación contractual no da lugar a exigir una indemnización por perjuicios morales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda).

Antecedentes

Guillermo Castro Trespalacios demandó por la vía ordinaria a la Federación Nacional de Cafeteros, entidad con personería jurídica, domiciliada en esta ciudad, para que por sentencia definitiva se hicieran en su contra las siguientes declaraciones:

"1º — Que la Federación Nacional de Cafeteros debe a Guillermo Castro Trespalacios la suma de seis mil cuarenta y siete pesos con ochenta y seis centavos por perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante.

"2º — Que la Federación Nacional de Cafeteros debe a Guillermo Castro Trespalacios la suma de treinta mil pesos moneda corriente por perjuicios morales, y

"3º — Que la Federación Nacional de Cafeteros debe pagar a mi poderdante las costas del presente juicio".

A esa demanda le sirvieron de fundamento los siguientes hechos:

"1º — El día once de julio del año pasado de 1941, el señor Eduardo Escandón, en su carácter de comisionado especial de la Federación Nacional de Cafeteros y en representación de los almacenes de depósito de Barranquilla celebró un contrato con el señor Guillermo Castro Trespalacios, para que éste como agente de la Federación y de los almacenes de depósito de Barranquilla, dependientes de aquella, comprara, en el municipio de Valledupar, café despulpado, lavado y con los requisitos que en la cláusula primera del contrato se determinaron.

"2º — En el contrato mencionado y verificado por Castro Trespalacios y el comisionado especial de la Federación, señor Eduardo Escandón, se fijaron y determinaron las obligaciones y compromisos de Castro Trespalacios, en su calidad de agente de la Federación, obligaciones y compromisos que el agente cumplió a cabalidad.

"3º — El agente Castro Trespalacios, garantizó el cumplimiento de las obligaciones que por su parte contrajo, en el contrato nombrado con la Federación Nacional de Cafeteros, por medio de una póliza de manejo y cumplimiento en la Compañía Colombiana de Seguros por la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente.

"4º — Como término de duración del contrato nombrado se fijó el de un año, contado a partir del día 11 de julio de 1941, habiéndose reservado la Federación Nacional de Cafeteros la facultad de rescindirlo o darlo por terminado antes de su vencimiento cuando lo considerara conveniente, pero dando aviso previo al agente Castro Trespalacios con treinta días de anticipación.

"5º — El 20 de noviembre de 1941, la Federación Nacional de Cafeteros encargó de la agencia de compras de Valledupar, hasta terminar en su totalidad la cosecha del año de 1941, al señor Eduardo Escandón, quitando así, intempestivamente, la Federación al señor Guillermo Castro Trespalacios como agente de compras de café de Valledupar.

"6º — El mismo día 20 de noviembre de 1941, el señor Eduardo Escandón se hizo cargo de la agencia de compras de café de Valledupar.

"7º — La Federación Nacional de Cafeteros no dio aviso previo de ninguna clase, con treinta días de anticipación, al agente Guillermo Castro Trespalacios ni sobre rescisión ni sobre terminación del contrato, antes de su vencimiento, conforme se había comprometido en la cláusula undécima del mismo.

"8º — La Federación Nacional de Cafeteros no sólo violó la cláusula undécima del contrato sino también las demás obligaciones y compromisos adquiridos por su virtud.

"9º — Guillermo Castro Trespalacios se perjudicó notablemente con el incumplimiento del contrato por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, dejando de ganar la comisión en él estipulada para el agente, el valor del arriendo del local en donde funcionó la agencia, local de propiedad de Castro Trespalacios, durante el tiempo en que éste se comprometió a cederlo gratuitamente a la Federación, el valor de la garantía de cinco mil pesos dada en el contrato y las sumas que éste dejó de producir, y,

"10º — La remoción intempestiva, por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, del agente Castro Trespalacios determinó que en la región corriera la voz de que Castro Trespalacios se había alzado con fondos y dineros de la Federación, voz que corrió especialmente entre los vendedores de café del lugar a la agencia lo que arruinó la posición moral de Castro Trespalacios como hombre de negocios en el municipio de Valledupar".

Admitida esa demanda por el Juez Quinto Civil del Circuito de esta ciudad y decretado el traslado a la entidad demandada, ésta lo contestó dando su asentimiento a los hechos primero, tercero, quinto; aceptando con aclaraciones el segundo y el cuarto; negando el quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo; oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas en la parte petitoria y negando también los fundamentos de derecho.

Surtido el juicio con arreglo a las ritualidades correspondientes el señor Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de diez y seis de febrero del año próximo pasado, absolviendo a la entidad demandada de los cargos de la demanda y condenando en costas al demandante.

Por recurso de apelación concedido a este último subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde una vez agotada la tramitación propia de la segunda instancia fue decidido en sentencia de cinco de octubre del mismo año, cuya parte resolutiva dice así:

"1º — Condénase a la Federación Nacional de Cafeteros, representada por el señor Manuel Mejía J. a pagar al demandante señor Guillermo Castro Trespalacios los perjuicios materiales que le ocasionó imposibilitándolo con el incumplimiento del contrato para percibir la comisión a que tenía derecho durante treinta días contados a partir del en que fue reemplazado en la AGENCIA DE COMPRAS DE CAFE de Valledupar, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de este fallo.

"La fijación de los perjuicios se hará por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases fijadas en la parte motiva anterior.

"2º — Absuélvese a la Federación Nacional de Cafeteros de los demás cargos de la demanda.

"3º — No se hace condenación en costas en ninguna de las instancias.

"Queda en los anteriores términos revocada en parte y en parte confirmada la sentencia materia del recurso".

Para llegar a las conclusiones transcritas consideró el Tribunal que la entidad demandada infringió el contrato de once de julio de mil novecientos cuarenta y uno, celebrado por ella con el demandante por cuanto que en el mes de noviembre siguiente y antes de vencerse el término de un año expresamente convenido para su duración, la Federación retiró al demandante del cargo de agente comprador, sin haberle dado el previo aviso al respecto, con anticipación de treinta días, requerido

por la cláusula undécima de dicho contrato; que como "la violación o incumplimiento del contrato consistió en la falta de aviso del retiro con un mes de anticipación, es claro que el demandante si en vez del aviso de entrega de la agencia recibe el de retiro, tenía derecho a continuar por un mes haciendo compras y a percibir por esas compras la comisión pactada"; pero que como en autos no quedó establecida la cantidad de café que el demandante hubiera podido comprar en el lapso referido, la determinación concreta de los perjuicios debería reservarse para cuando llegue la oportunidad de la ejecución de la sentencia.

Refiriéndose a los perjuicios que el actor deduce por la constitución de la garantía que tuvo que otorgar para encargarse de la agencia, considera el sentenciador que no fueron especificados en la demanda, ni aparecen demostrados en forma concreta, ni que tampoco demostró en forma legal la existencia de la fianza, ni los gastos que tuvo que hacer para constituírla, ni el perjuicio que le implicó el que sólo le sirviera de julio a noviembre cuando la había contratado para tiempo mayor, y que "ante esa indeterminación, es claro que no hay base para hacer la condenación demandada"; que en lo que respecta al perjuicio consistente en el valor del arrendamiento del local en que funcionó la agencia, la Federación, de acuerdo con el contrato, no se obligó a suministrarle al demandante aquel local.

Concretándose luégo a los perjuicios morales demandados por el actor estimó el sentenciador que de la prueba testimonial traída a los autos no resulta demostrada su existencia, ni tampoco la relación de causalidad que ligara al daño moral con el hecho del incumplimiento del contrato por parte de la Federación y que no habiendo lanzado ésta la falsa especie de que hablan los aludidos testigos, no se le podía imputar daño distinto al que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato, según la doctrina del artículo 1616 del Código Civil.

El recurso

Contra esa sentencia ha recurrido en casación el demandante y hoy se procede a decidirlo por estar ya debidamente preparado.

El recurrente la acusa con fundamento en las causales primera y segunda de casación consagradas en el artículo 520 del Código Judicial, y, para seguir un ordenamiento lógico en el estudio de la demanda se considera en primer término la acusación que se formula con base en la causal segunda.

Sostiene el recurrente que la sentencia al condenar al pago de la indemnización de los perjuicios materiales que se hubieren causado sólo en treinta días y al dejar de hacerlo sobre la indemnización de los perjuicios morales no estuvo acorde con las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio por los litigantes, por cuanto que habiéndose comprendido en las súplicas de la demanda las indemnizaciones correspondientes a ambas clases de perjuicios y que habiendo reconocido y confesado la entidad demandada — en concepto del recurrente — que hubo perjuicios materiales y morales, no estando de acuerdo únicamente en cuanto al monto de la indemnización solicitada, se imponía hacer la condenación por unos y otros perjuicios.

Se considera:

No se conforma con la índole y alcance propios del segundo de los motivos de casación consagrados en el artículo 520 del Código Judicial la precedente acusación que en contra de la sentencia formula el recurrente. En efecto, esa causal de casación sólo es precedente ya cuando en el fallo se decide sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita) o cuando se deja de resolver sobre algunos de los que fueron objeto del litigio (extra petita), o ya porque se condenare a más de lo pedido (plus petita) o se dejare de fallar sobre algunas de las excepciones perentorias oportunamente alegadas, cuando era el caso de hacerlo (minima petita). Unicamente cuando el fallo incurra en alguno de esos excesos u omisiones es cuando podría decirse que se rompe la armonía que por ministerio de la ley debe prevalecer entre lo pedido en el juicio y lo decidido en la sentencia. Empero en el caso de autos no se ha producido la incongruencia alegada por el recurrente, pues el actor solicitó que el demandado fuera condenado a perjuicios materiales y morales, cuya cuantía determinó en la demanda, y el sentenciador lo condenó al pago de los primeros en cuanto los creyó justificados y lo absolvió de los segundos por cuanto no estimó procedente la condena, y en esas circunstancias no se descubre desarmonía o incongruencia alguna entre lo pedido y lo fallado. Si los argumentos que condujeron al sentenciador a tales resultados son ciertos o erróneos, el esclarecimiento de tales puntos es materia exclusiva de la causal primera de casación y no de la segunda.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Con apoyo en la causal primera formula el recurrente varios cargos en contra de la sentencia, a cuya consideración se procede seguidamente:

Primero: Afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos al estimar o apreciar erróneamente la cláusula undécima del contrato de 11 de julio de 1941, o por haber dejado de apreciar en su

integridad dicho contrato, infringiendo con ello el precepto contenido en el artículo 1602 del Código Civil y en desarrollo de su cargo dice que al incumplir el contrato la entidad demandada por haberlo hecho cesar sin dar el aviso previo de que trata la citada cláusula, aviso a que se había comprometido dicha entidad, "es claro que el demandante tiene derecho a la totalidad de los perjuicios causados desde el momento de la contravención hasta el último día en que venciera el término estipulado, vale decir del 20 de noviembre de 1941 hasta el 11 de julio de 1942", agregando que al no haber llegado a esa conclusión "el Tribunal apreció o estimó la prueba presentada de una manera errónea o dejó de apreciarla o de estimarla en su integridad por cuanto tomó sólo la segunda parte de la cláusula referida dejando a un lado la primera parte en la cual se estipuló un término fijo para la duración y vencimiento del referido contrato".

En concepto de esta Sala no existen los errores en la apreciación o estimación del contrato de 11 de julio de 1941, que el recurrente imputa al Tribunal ni tampoco la consiguiente violación de la ley sustantiva por ese mismo motivo. En efecto, consta, entre otras cosas, de dicho instrumento que entre Guillermo Castro Trespalacios y la Federación Nacional de Cafeteros se celebró un contrato en cuya virtud aquél, actuando como agente de ésta, debía encargarse a partir de aquella fecha de comprar en el municipio de Valledupar café despulpado, lavado y con los requisitos que en la cláusula primera se determinaron, el cual debía remesar semanalmente a los Almacenes Generales de la Federación en Barranquilla. Por tales servicios Castro Trespalacios debía recibir una comisión de seis centavos por cada arroba de café comprado que la Federación recibiera a su satisfacción.

De acuerdo con lo estipulado en la cláusula tercera el término de duración de ese contrato fue el de un año, a contar del día en que fue suscrito, prorrogable a voluntad de las partes, y en esa misma cláusula textualmente se acordó: "pero queda expresamente entendido que los Almacenes de Depósito de la Federación se reservan la facultad de rescindirlo o darlo por terminado antes de su vencimiento **cuando lo consideren conveniente** (subraya la Corte), dando aviso al agente con treinta días de anticipación".

En desarrollo de ese contrato, la Federación resolvió darlo por terminado, encargando el 20 de noviembre de 1941 de la agencia a Eduardo Escandón, sin haberle dado al agente aviso de esa determinación con los treinta días de anticipación convenidos.

En presencia de tales hechos llegó el Tribunal a la conclusión que el recurrente acusa de errónea y violatoria de la ley sustantiva y que la Sala, por el contrario, encuentra acertada y jurídica, pues si la Federación tenía la facultad contractual indiscutida de dar por terminado el contrato "cuando lo considerara conveniente" y si esa entidad manifestó y realizó su voluntad de terminarlo, es claro que el contrato debía cesar antes de su vencimiento; pero como aquella facultad estaba sometida para ejercitarla y cumplirla al requisito de la notificación al agente con treinta días de anticipación, resulta evidente que si la Federación ajusta su conducta a este procedimiento, Castro Trespalacios habría continuado en sus funciones de agente, devengando la comisión pactada, por solo un mes más, aunque faltaran varios para que el contrato hubiere vencido normalmente. Empero como la Federación dejó de dar ese aviso con la anticipación requerida y realizó ipso facto su voluntad de finalizarlo aparece incuestionable que en tales circunstancias ese incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada sólo privó al demandante, como lo estimó el Tribunal, del derecho de continuar en ejercicio de sus funciones de agente durante el término de treinta días y de percibir la comisión pactada por las compras que realizara durante dicho término.

Si la anterior es la conclusión que lógica y jurídicamente se deduce de los hechos anotados, que están debidamente acreditados en el proceso; si por otra parte el Tribunal nunca ha desconocido ni ignorado en su sentencia que el término normal de duración del referido contrato era de un año, rescindible o modificable por la voluntad unilateral de la entidad demandada, "cuando lo considerara conveniente"; y si está condenando por perjuicios materiales a la Federación, aunque no en la cuantía y magnitud solicitada por el demandante, es porque parte de la base implícita de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y que como tal debe respetarse, so pena de las responsabilidades consiguientes al incumplimiento. Resulta, pues, fuera de toda duda que el Tribunal no ha incurrido en los errores de que habla el recurrente ni en la consiguiente violación del artículo 1602 del Código Civil.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Segundo: El recurrente le imputa también al sentenciador la violación de los artículos 1608 y 1615 del Código Civil por cuanto no condenó a la Federación, habiendo incurrido en mora, sino al pago de los perjuicios causados durante treinta días y no por todo el término comprendido desde la fecha del incumplimiento del contrato hasta la de la terminación normal del mismo; pero como los fundamen-

tos en que este cargo se basa son, en síntesis, los mismos que se alegaron respecto a la primera acusación, las razones que con motivo de ésta se expresaron le sirven igualmente a la Sala para rechazar, como en efecto se rechaza, el segundo cargo que se considera.

Tercero: Se hace consistir este cargo en la violación de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil por haber descartado el fallo "el daño emergente y el lucro cesante a que tiene derecho Castro Trespalacios", y para fundamentarlo dice el recurrente textualmente en su alegato de casación:

"Y parece que el Honorable Tribunal al condenar a la indemnización de perjuicios en la forma en que lo hace, no tuviera interés el que no condenara al daño emergente y al lucro cesante específicamente y si lo tiene, en primer lugar porque el Tribunal circunscribe los perjuicios materiales al cobro de la comisión, y en segundo lugar porque si bien es cierto que el daño emergente y el lucro cesante se comprenden en la indemnización de perjuicios, es lo cierto que éstos constituyen el género y aquéllos la especie, porque los perjuicios materiales que cobra Guillermo Castro Trespalacios en su término genérico están o pueden estar representados en los negocios que éste hubiere dejado de hacer en virtud de la contravención del contrato por parte de la Federación, es decir, las compras de café que hubiere podido efectuar desde el momento de la contravención hasta el día en que el contrato debía vencer, los negocios que en virtud de esa contravención hubiere dejado de hacer por otros aspectos y de que dan cuenta los autos, como uno de muebles y otro de ganado, que constituirían una objetivación y el daño emergente está representado por la pérdida consistente en la comisión que dejó de ganar desde el momento de la contravención hasta el día del vencimiento del contrato, comisión que había sido pactada, y el lucro cesante la ganancia o provecho que le hubiera podido reportar a Castro Trespalacios el recibo del dinero proveniente de la comisión pactada, pues ese dinero lo ha podido invertir en diversos menesteres que han podido producirle una ganancia y es así como el Honorable Tribunal al apreciar o estimar de manera errada o dejado de apreciar o estimar en su integridad el contrato y no condenar al pago del daño emergente y el lucro cesante violó también el artículo 1614 del C. C."

Se considera:

En los hechos noveno y décimo de la demanda se concretaron con toda nitidez los perjuicios que el recurrente considera que le había ocasionado la Federación con el incumplimiento del contrato que ha originado este pleito y entre ellos no se alude siquiera a los posibles negocios de ganado y de muebles que hubiere podido realizar el demandante al recibir la comisión pactada durante la vigencia y desarrollo del contrato y a las posibles utilidades que de ellos hubiere derivado, y esa sola consideración impedía que el sentenciador extendiera su condena a tales particulares, sin exceder los infranqueables límites que para toda sentencia impone el inciso final del artículo 471 del Código Judicial.

De otro lado, sabido es que el incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido en todo o en parte de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y que por éstos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de sus obligaciones, y de éstos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte. (Artículo 1616 del Código Civil).

Siguiendo esas reglas, es claro que la entidad demandada, no pudiendo por ausencia de pruebas adecuadas imputársele dolo en el incumplimiento de sus obligaciones, sólo es responsable de los perjuicios directos que pudieron preverse al tiempo del contrato, entre los cuales no sería dable comprender las posibles ventajas que para el recurrente se hubieren derivado de haber percibido oportuna e integralmente la comisión pactada en el contrato y realizado con ella los negocios de venta de ganado y de muebles que había proyectado hacer. Tales contingencias es lógico pensar que las partes no los tuvieron o no los pudieron tener en mientes al momento de celebrar el contrato, ni en ellas podría encontrarse, por otra parte, un fundamento seguro y serio para deducir un perjuicio actual y cierto para el demandante, pues de que un negocio proyectado no llegue a realizarse no es posible concluír forzosamente que a quien pensaba hacerlo se le hubiere privado de una ventaja, ya que también se le ha podido evitar una pérdida. Siendo ello así, como en verdad lo es, aun en el evento de que la indemnización en referencia estuviere incluída entre las súplicas de la demanda, al sentenciador no le ha-

bría sido legalmente posible acceder a la correspondiente condena.

Por tanto se rechaza el cargo.

Cuarto: Considera el recurrente que el Tribunal por una errada apreciación del contrato de once de julio antes mencionado o por falta de apreciación de los documentos que obran a los folios 28, 31, 49 del cuaderno principal, incurrió en violación de las disposiciones legales sustantivas que ha citado al no condenar a la entidad demandada al pago de los arrendamientos correspondientes al local en que funcionaba la agencia y a la indemnización por la pérdida que hubiera podido tener por la desocupación del mismo dado el incumplimiento del contrato por parte de la Federación.

Se considera:

Tomando en cuenta los términos en que fue celebrado el contrato prenombrado estimó el Tribunal que la Federación no se obligó a suministrarle local al demandante, pues sostiene que en forma taxativa se enumeraron en las cláusulas séptima y doce las obligaciones que eran de cargo de aquella, sin que en éstas aparezca incluída la del suministro de local, y en virtud de tal consideración el Tribunal se abstuvo de formular condena al respecto en contra de la entidad demandada.

Si, pues, fue a través del estudio de una determinada prueba como el Tribunal llegó a la conclusión preanotada, para que el cargo pudiera prosperar habría sido preciso que se hubiera alegado y demostrado error de hecho que apareciera de modo manifiesto en los autos y fuera de que tal cosa no se ha hecho, un error de esa calidad no puede tampoco tener existencia, desde luego que el mismo recurrente está confesando en su alegato de casación ser "cierto que no se estipuló en forma expresa en el contrato el suministro de local".

De otro lado, tampoco es evidente que de las pruebas o documentos que el recurrente cita como dejados de apreciar por el Tribunal se desprenda la demostración de que el pago del arriendo del local corriera a cargo de la entidad demandada, pues si bien es cierto que en la relación de caja correspondiente al mes de octubre de 1941 (f. 28, cuaderno principal), suscrita por Castro Trespalacios y que éste acompañó al libelo de demanda, aparece una partida de $ 20.00 por aquel concepto, no es menos cierto que el hecho noveno de la demanda que incluye el valor del arriendo del local entre los perjuicios que el demandante puntualiza como causados por el incumplimiento del contrato, fue negado expresamente por la entidad demandada, como se lee en el escrito de contestación de la demanda, por lo cual ya aquella prueba en esa parte hay que considerarla como implícitamente rechazada y si, además, a ello se agrega que el representante de la entidad demandada declaró en posiciones (f. 16, cuaderno número 2) que el arriendo se consideraba incluído en la comisión que ganaba el agente, resulta incuestionable que en presencia de tales circunstancias la prueba de ese hecho corría a cargo del actor y no la ha suministrado.

Pero alega el recurrente que aun aceptando los puntos de vista del representante legal de la Federación hay lugar a decretar la indemnización de los perjuicios causados por el mismo motivo, pues dice que "al suministrar gratuitamente el local durante el tiempo que estuvo al frente de la agencia" lo hizo en vista del contrato y de su cumplimiento; pero situadas las cosas en ese pie la Sala no se explica cómo por esa causa y por la falta de aviso previo con treinta días de anticipación requeridos para la cesación del contrato, se le hubieran podido causar al demandante los perjuicios en cuestión, dado el hecho de que el suministro de local se hacía gratuitamente. Y antes por el contrario si ése suministro era gratuito, se comprende que al terminarse el contrato se determinaba por el aspecto que se estudia una ventaja y no un perjuicio para el actor, pues bien podía explotar el local en su directo provecho, dándolo en arrendamiento o dedicándolo a otros menesteres productivos.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Quinto: Afirma el recurrente que el Tribunal al dejar de apreciar las pruebas resultantes de las posiciones absueltas por el representante de la entidad demandada y de la contestación dada por el mismo al hecho tercero de la demanda, relacionada con la constitución de la garantía que tuvo que prestar para encargarse de la agencia, incurrió en violación de las disposiciones sustantivas que atrás se dejaron citadas, pues dice que tales pruebas, en contrario de lo que pensó el Tribunal sobre que no estaba demostrado en forma legal la existencia de la fianza, acreditan plenamente ese hecho y que "esa garantía representaría un lucro cesante consistente en el provecho que dejó de reportar Castro Trespalacios" al haberla contratado por un año y al haberse finalizado el contrato antes del término porque había sido convenido.

Se considera:

Este cargo también carece de todo fundamento, pues el Tribunal para negarse a condenar los perjuicios que el actor reclama con base en aquella circunstancia no sólo se fundamentó en la consideración de que a su juicio no resultaba demostrada en forma legal la existencia de la fianza, sino también en que estimó que dichos perjuicios no aparecían

especificados claramente en la demanda ni demostrados en forma concreta, concluyendo de ello que "ante esa indeterminación, es claro que no hay base para hacer la condenación demandada", y como estos fundamentos por sí solos llevarían a esta misma finalidad y no han sido atacados en casación, aun encontrándose justificado el reparo que el recurrente hace sobre la falta de apreciación de pruebas, el cargo no podría prosperar, y por ello se rechaza.

Sexto: Dice el recurrente que el Tribunal al dejar de apreciar los documentos que obran a los folios 24 a 49 del cuaderno principal de la demanda incurrió en "violación o infracción de la ley sustantiva "por cuanto sostiene que de aquellos se desprenden bases concretas para determinar el monto de los perjuicios causados al demandante por razón de la terminación intempestiva del contrato, los que no tuvo en cuenta el Tribunal cuando hizo la condena en abstracto".

Se considera:

El cargo que precede es notoriamente infundado, por las siguientes razones:

1ª — Porque el recurrente no citó, como era su deber, las disposiciones legales sustantivas que hubieren resultado infringidas como consecuencia de la falta de apreciación de las pruebas a que hace referencia (artículos 520, numeral 1º, y 531 del Código Judicial);

2ª — Porque los documentos a que alude el recurrente se relacionan con el movimiento y producido siempre variable de la agencia en tiempo anterior al 20 de noviembre de 1941, fecha de la terminación del contrato, y la condena del Tribunal se refiere al pago de la comisión que hubiera podido percibir el demandante en treinta días contados a partir del en que fue reemplazado de la agencia y no existe dato alguno en el expediente que acredite el movimiento de compras de café de la agencia en el lapso últimamente referido;

3ª — Porque las pruebas dichas fueron tenidas en cuenta por la sentencia para que sirvieran de base o punto de comparación cuando llegara el momento de determinar concretamente la cuantía de los perjuicios.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Séptimo: Dice el recurrente en el numeral 2º del Capítulo I de su demanda de casación que intitula "Error de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos", que el Tribunal al absolver a la entidad demandada del pago de las indemnizaciones reclamadas en relación con los perjuicios morales causados al demandante violó, de un lado "los preceptos de la ley sustantiva que habla de perjuicios" o sea las "contenidas en el Libro 4º del C. C." que tratan de perjuicios, y de otro los artículos 63, 1616 y 2356 del Código Civil, como consecuencia de la confusión en que incurre al concretarse en la sentencia al estudio de perjuicios morales de afección, o como resultado de un error de derecho motivado por falta de apreciación o estimación de las pruebas a que allí hace alusión. En desarrollo de ese cargo principia por decir que en la demanda "se habló sólo de perjuicios morales y no de perjuicios morales por afección", citando como demostración de ello lo expuesto en el hecho décimo y que el Tribunal incurriendo en confusión concretó su estudio a estos últimos dejando de decidir sobre los primeros. Luégo tomando pie en la especie a que se refiere el hecho décimo de la demanda, dice textualmente: "Ahora bien se encuentra establecido superabundantemente que la Federación sí produjo un daño con el hecho del incumplimiento ya fuera imputado a negligencia o a cualquier otra circunstancia y que existe una verdadera relación de causalidad entre el daño y la falsa especie lo dice el hecho de que si la entidad nombrada no incumple el contrato no hubiera dado lugar a la especie de que venimos hablando, pues si Castro Trespalacios recibe o hubiera recibido el aviso con treinta días de anticipación habría tenido tiempo durante ese lapso para informar a los vendedores de la causa o causas por las cuales la Federación determinaba separarlo del cargo de agente de compras de café de Valledupar"; de allí desprende que hubo culpa por parte de la Federación y que es así como "debe reparar el daño causado con el incumplimiento y la falsa especie que lesionó el honor y la reputación de mi mandante como hombre serio y cumplidor de la palabra empeñada....."

Más adelante se ocupa en demostrar que la Compañía obró con dolo al incumplir el contrato dadas las razones que adujo en la contestación de la demanda y en la carta de 11 de diciembre de 1941 (folio 16, cuaderno número 1), como motivos que la determinaban a ponerle fin al contrato, para deducir de ello y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1616 del Código Civil, que "la Federación Nacional de Cafeteros es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación". Y finalizó así este capítulo: "El Honorable Tribunal al interpretar la prueba en la forma en que lo hace en la sentencia recurrida violó las disposiciones legales sustantivas citadas e incurrió en error de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos por falta de apreciación o estimación de la prueba".

Se considera:

No sin antes recordar siquiera sea de paso que la

Corte, siguiendo la doctrina de los tratadistas tiene sentada la jurisprudencia de que el incumplimiento retardado de una obligación contractual no da lugar a exigir una indemnización por perjuicios morales, entra la Sala a estudiar las precedentes acusaciones del recurrente, las cuales hacen referencia a las siguientes consideraciones de la sentencia en que el Tribunal, después de examinar las declaraciones rendidas por algunos testigos del actor durante el plenario del juicio, dijo textualmente:

"Suficientemente demostrado está que el contrato fue incumplido por la Federación, y los testigos citados afirman que el señor Castro Trespalacios sufrió grave quebranto moral en su reputación, porque se le consideró inhonorable en el manejo de los dineros que se le habían confiado. El caso concreto del ganado con el señor Grosso a que se refieren los testigos, indica que los rumores sí pudieron ocasionarle lesión en su patrimonio moral. Precisamente ese caso constituiría una objetivación, si se hubiera demostrado que evidentemente la causa de la pérdida del negocio se debió a la desconfianza ocasionada con el rumor de la indebida apropiación de fondos, cosa que no se estableció".

Esa transcripción por sí sola echa a tierra el primer reparo formulado por el recurrente sobre que el Tribunal incurrió en confusión en lo que atañe a perjuicios morales, pues en dicho pasaje el sentenciador está refiriéndose sin lugar a dudas a los llamados por la doctrina y la jurisprudencia perjuicios morales objetivados, que son, al decir del recurrente, los únicamente reclamados en la demanda.

Más adelante dijo el Tribunal:

"Pero el dicho de esos declarantes, solamente podría establecer el mal ambiente exterior, mas no el daño propiamente subjetivo, la tortura moral, el dolor o la pena que la maledicencia pudo producir en el ofendido. Faltaría ya, de acuerdo con esto, la base cierta de la comprobación del daño".

En estos otros apartes de la sentencia el Tribunal se está refiriendo a los, también denominados por la doctrina y la jurisprudencia perjuicios morales subjetivos, o simplemente morales o de afección, y si de ellos habló el fallo es porque en la misma demanda no se determinó con claridad a qué clase de perjuicios morales se refería el actor, si a los primeros o a los segundos, y esta imprecisión probablemente debió inducir al sentenciador a referirse a ellos también. De todo eso se desprende que éste no ha incurrido en las confusiones que sobre los particulares anotados le imputa el recurrente, y por consiguiente no han podido darse las violaciones "de los preceptos de la ley sustantiva que hablan de perjuicios" que como consecuencia asevera aquel que perpetró el Tribunal.

No sobra destacar aquí el error en cuanto a la técnica de casación en que incurrió el recurrente al formular la primera parte del cargo en estudio, cuando omitió indicar o precisar, como era su deber hacerlo, las disposiciones legales que hubieren sido violadas por el sentenciador, pues, como lo ha dicho la Corte en muchas decisiones, no basta para llenar ese deber legal esencial para la prosperidad del recurso la cita que en general se haga del Código Civil por Títulos o Capítulos, sin señalar de un modo concreto el artículo especial que se supone infringido por la sentencia.

Y el estudio sobre esos mismos puntos lo cerró el sentenciador con las siguientes conclusiones:

"No existe, pues, la comprobación del daño, ni menos que ese daño surja del incumplimiento del contrato, por lo cual hay que concluír, de acuerdo con lo anterior, que el actor demostró únicamente que tiene derecho al resarcimiento del perjuicio consistente en la pérdida de la comisión por las compras que hubiera podido hacer en el mes siguiente a su retiro".

Si fue, pues, a través del análisis de la prueba testimonial aportada por el demandante como el Tribunal llegó a la conclusión anotada de que no existe la comprobación del daño moral de que trata la demanda, ni menos la de la respectiva relación de causalidad, la acusación ha debido formularse, no por falta de apreciación o estimación de las pruebas, sino porque al estudiarlas el sentenciador incurrió en error de derecho al no darles el valor que la ley les asigna o al darles uno distinto, o en error de hecho manifiesto, por afirmar cosas contrarias a las que naturalmente se deducen de las pruebas apreciadas o por dejar de reconocer lo que ellas palmariamente demuestran.

Si por todo lo expuesto no es posible estudiar ni mucho menos quebrar o desvirtuar la conclusión determinante de la absolución del demandado a que llegó el sentenciador sobre la inexistencia de la comprobación del daño moral invocado por el actor, resulta superfluo que la Sala se detenga a considerar los aspectos que plantea el recurrente sobre si los perjuicios que de aquel hubieren podido derivarse son causados por una simple culpa contractual o por dolo imputable a la entidad demandada y mucho más sobre la cuestión de fondo que el cargo envuelve relacionada con la procedencia o improcedencia de una acumulación de acciones encaminada a lograr en una misma demanda la condena al demandado por una doble indemnización de perjuicios contrac-

tuales y morales derivados de una misma relación jurídica.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Fallo

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil, — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que ha sido materia de este recurso.

Sin costas, por no haberse causado.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION PETITORIA DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE MANDATO, DE DEVOLUCION DE UNA SUMA DE DINERO, ETC.—CONTRATO DE CAMBIO.—COMISION—PERJUICIOS

1. — El contrato de cambio es una convención por la cual una de las partes se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención. Pertenece a la clase de contratos de comisión que, a su turno es una de las especies del mandato comercial. Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, acerca de la cantidad que debe ser pagada, el precio de ella, el lugar y la época de pago. Se ejecuta por medio de un documento de crédito llamado letra de cambio o por cheque, libranza, pagaré a domicilio o despacho ordenado por cable, o por cualquier otro sistema de comunicación.

2. — El mandatario puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. (Artículos 2146 y 2177, C. C.) Es decir, puede existir un mandato sin representación, ya que el mandato no es esencialmente representativo en el Derecho Civil colombiano.

3. — Cuando el comisionista celebra el contrato en su propio nombre los vínculos se forman entre los contratantes directos sin que el comitente, frente a los terceros, adquiera derechos ni contraiga obligaciones, precisamente por no ser él parte en el negocio.

4. — Los artículos 356, 357 y 359 del Código de Comercio tienen por objeto impedir que se sorprenda a los terceros que contrataron con el comisionista o que, a su vez, éstos puedan sorprender al mandante. Pero si en el desarrollo del contrato el mandante o los terceros aceptan el hecho de que el contrato fue celebrado por el comisionista en nombre del primero y, consecuencialmente, se hacen públicos entre ellos los incidentes que puedan suscitarse en el cumplimiento de la obligación, es lógico aceptar que entre ellos se ha establecido el vínculo jurídico o contractual que en un principio les fue desconocido. Tan evidente es esto que el artículo 359 del Código de Comercio faculta al comisionista para declarar más tarde la persona por cuya cuenta se contrató y dispone que hecha la declaración queda desligado el comisionista de todo compromiso y la persona nombrada (el comitente) le sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones que se desprendan del contrato.

5. — La injuria causada al acreedor, que lo faculta para pedir al deudor indemnización de perjuicios, consiste en la inejecución de la obligación que tiene lugar en tres casos: cuando hay incumplimiento total, cuando la obligación se ha cumplido imperfectamente y cuando se ha retardado su cumplimiento. El perjuicio causado a una persona da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y conocidos de esta relación son: un perjuicio, una culpa y un enlace de causalidad. Por consiguiente, el acreedor o sea la víctima, puede ejercitar contra el deudor o el autor del daño, la acción de responsabilidad, sin consideración a que la culpa del responsable sea contractual o extracontractual. De acuerdo con el principio fundamental que concede a toda persona lesionada la acción de responsabilidad, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de ensanchar cada vez más el círculo de esa noción, con la sola limitación de que se produzca en el Juez la certidumbre de que ese perjuicio, aun alejado, sea el resultante de la culpa inicial, como su consecuencia lógica y cierta. Cuando el daño causado a un tercero proviene de la inejecución o de la ejecución defectuosa del contrato, aquel tiene derecho al resarcimiento del perjuicio sufrido, siempre que pruebe la realidad de éste y la legitimidad del interés lesionado.

6. — Legalmente se presume la culpa del deudor que no cumple oportuna e íntegramente su obligación. El acreedor no tiene necesidad de probarla porque la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, como se desprende de los artículos 1603 y 1604 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas).

Antecedentes

Ante el Juzgado 1º del Circuito Civil de Barranquilla, presentó el doctor José Ulloque Meneses, en ejercicio del poder que le había conferido el señor Elías Jorge, en libelo que lleva fecha 6 de abril de 1942, demanda en acción ordinaria contra el Banco de Bogotá, sucursal de Barranquilla, y contra la sociedad comercial Severino & Feoli, domiciliada en Ciénaga, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1). Que está resuelto el contrato de mandato celebrado entre Elías Jorge, por una parte, y el Banco de Bogotá, sucursal de Barranquilla, y Severino & Feoli por otra, que consistió en la entrega que el actor hizo a los demandados de la suma de $ 795.00, para que fueran remitidos por los comisionados a Siria al señor Mahul Shibel en moneda americana.

2). Que como consecuencia de la resolución de ese contrato se condene a los demandados a devolver a Elías Jorge la suma atrás expresada o su correspondiente en moneda de los Estados Unidos de Norte América, además de los intereses comerciales desde el 30 de octubre de 1939 hasta la fecha en que se verifique el pago.

3). Al pago de los perjuicios que se le causaron por el incumplimiento del contrato por parte de las entidades demandadas, perjuicios que el actor estimó en la suma de $ 15.000.00, o que, en subsidio, se les condene a pagar la cantidad que se fije por medio de peritos.

4). Por último, demandó el pago de las costas procesales.

Los hechos fundamentales de la acción propuesta se pueden resumir así:

Que el 30 de noviembre de 1939, por conducto de los señores Severino & Feoli, sociedad colectiva le comercio, domiciliada en Ciénaga (Magdalena), el señor Elías Jorge entregó al Banco de Bogotá la suma de $ 795.00 para que fueran remitidos al señor Mahul Shibel residente en Siria, República Libanesa, en moneda de los Estados Unidos, o sean 400 dólares, para que el destinatario cancelara con esa suma una hipoteca que pesaba sobre un bien raíz del demandante. Que a pesar de los repetidos requerimientos del señor Elías Jorge, hechos tanto a los señores Severino & Feoli como al Banco de Bogotá, para que se le informara sobre el cumplimiento de la obligación que les había confiado, ambos demandados expresaban que no se había cumplido aún el encargo, y que el mencionado Banco había dado las órdenes del caso para que se entregara la cantidad convenida al destinatario en Siria. Que en atención a que en el último de los requerimientos hecho por Elías Jorge el Banco contestó manifestando que el negocio había sido puesto en manos de un abogado, se pidió al Juez 3º del Circuito Civil de Barranquilla requiriera judicialmente al Banco para la devolución de la suma que había recibido con destino a Mahul Shibel en Siria, ya que no había sido entregada a su destinatario. Que la demora del Banco en el cumplimiento de su obligación ha causado graves perjuicios al actor, tales como habérsele rematado judicialmente, por falta de pago oportuno, un inmueble que el demandante tenía en Siria. Que en la fecha en que se le encomendó al Banco la comisión de entregar al señor Mahul Shibel el dinero expresado (30 de octubre de 1939) se le pagó la suma de $ 95.00 como honorarios por tal servicio. Que habiendo el Banco exigido la presencia del actor en Barranquilla con el objeto de solucionar el problema, y cuando ya se encontraba en esa ciudad, el Banco se negó al arreglo prometido causándole un gasto de $ 400.00 y perjuicios en sus negocios que ascendieron a más de $ 2.000.00, por haberse visto obligado a cerrar su establecimiento comercial que tiene en la población de El Retén y compelido por el viaje a dejar abandonadas sus fincas agrícolas que explota allí mismo, para atender oportunamente a las exigencias del Banco.

Notificada la demanda, el Gerente del Banco de Bogotá, sucursal de Barranquilla, la contestó negando haber recibido dinero del señor Elías Jorge o haber ofrecido entregar dinero en Siria a persona alguna. Que los señores Severino & Feoli compraron un cheque por 400 dólares, cheque que fue expedido como era de rigor. Los demás cargos también los negó o los consideró abiertamente absurdos.

Cumplida la tramitación de ley, el Juzgado decidió el litigio en su primer grado, por medio de la sentencia de fecha 16 de febrero de 1943, en la cual absolvió a los demandados de los cargos que se les habían formulado.

Sentencia acusada

El juicio subió al Tribunal Superior de Barranquilla, a virtud de apelación interpuesta por el representante del actor, y allí se decidió el pleito por providencia de fecha 6 de julio de 1944, por la cual se revoca la sentencia de primera instancia y se obliga al Banco a restituir al señor Elías Jorge la suma

de $ 795.00 y se le condena en abstracto a pagar los perjuicios materiales causados con motivo del incumplimiento de la comisión que había convenido y a cubrir las costas del juicio. Por medio de la misma sentencia se absolvió a los señores Severino & Feoli de los cargos de la demanda y se negaron las demás peticiones formuladas.

Para llegar a esta decisión, el Tribunal consideró que las características del negocio lo incluían dentro de una de las tres formas del mandato comercial o sea, la comisión. Con base en esta premisa, entró al estudio de las obligaciones contractuales, diciendo "que si el deudor, por culpa suya, no ejecuta la obligación que ha contraído, responde de no haberla ejecutado, y, en consecuencia, debe resarcir los perjuicios a su acreedor, y que, aceptada expresa o tácitamente la comisión, el comisionista deberá ejecutarla y concluírla y al no hacerlo, sin causa legal, responderá al comitente de los daños y perjuicios que le sobrevinieren".

Sentado lo anterior, el Tribunal examinó los elementos de prueba traídos a los autos, encaminados a probar los perjuicios reclamados y los dio por demostrados. También consideró establecido en la negociación, la existencia de un contrato de mandato entre Severino & Feoli y Elías Jorge y la obligación contraída por el Banco de hacer llegar una determinada suma de dinero a una persona también determinada.

El recurso

Se acusa ante la Corte la sentencia del Tribunal, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., con los cargos de que se violó en el fallo la ley sustantiva por infracción directa e interpretación errónea, por mala apreciación de pruebas y por desestimación de otras. Dichos motivos de casación fueron presentados por el recurrente en tres apartes, así:

Cargo Primero. — Violación de la ley, por errónea interpretación de una prueba, que produjo el quebrantamiento de los artículos 2147, 2150, 2161 y 2162 del C. C. y muy especialmente la disposición contenida en el artículo 356 del C. de Comercio.

El recurrente considera que no aparece demostrada la existencia del contrato de comisión entre el Banco de Bogotá, y el señor Elías Jorge, porque la única prueba estudiada para deducir este hecho fue las posiciones absueltas por el Gerente de la Sucursal del Banco en Barranquilla y más concretamente lo contestado a la quinta pregunta, y que del estudio de tal elemento probatorio es imposible deducir la relación contractual con el señor Elías Jorge. Considera que el Tribunal erró al dar por demostrado la existencia de un contrato perfecto entre el actor y el Banco y que tal equivocación lo llevó a la violación de las disposiciones enumeradas.

La Corte considera

Se trata en el presente litigio de una simple operación cambiaria realizada por un mandatario de nombre Severino & Feoli con la sucursal del Banco de Bogotá, en Barranquilla. El mandatario o comisionista no expresó en un principio que la operación era por cuenta ajena, realizada para el comitente Elías Jorge. Es decir, el contrato se celebró directamente entre el Banco y el comisionista indicado obrando éste en nombre propio. Luégo, en el curso del negocio, el comisionista dio al Banco el nombre del comitente y el Banco lo aceptó como tal, y continuó tratando con él los incidentes del contrato.

El Banco estuvo decidido a arreglar el litigio a que dio origen el incumplimiento por su parte del convenio celebrado pero exigió a Elías Jorge la prestación de una fianza para responder al Banco, si en definitiva el giro contratado se había cubierto en Siria, fianza que se negó a otorgar Jorge, dando origen a la negativa del Banco para devolverle el precio del giro contratado y no pagado en el lugar de su destino y, como consecuencia, a la presente acción que hoy conoce la Corte a virtud del recurso de casación interpuesto.

El contrato de cambio es una convención por la cual una de las partes se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra parte, o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención. Pertenece a la clase de contratos de comisión que a su turno es una de las especies del mandato comercial.

Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, acerca de la cantidad que debe ser pagada, el precio de ella, el lugar y la época de pago. Se ejecuta por medio de un documento de crédito llamado letra de cambio o por cheque, libranza, pagaré a domicilio o al despacho ordenado por cable, o por cualquier otro sistema de comunicación.

El contrato de cambio celebrado por Severino & Feoli con el Banco de Bogotá, en Barranquilla, tuvo una modalidad que es de importancia en el estudio del pleito: el Banco no entregó el documento de crédito ordinario, sino que asumió la obligación de hacer directamente por conducto de sus corresponsales en Nueva York, la remisión de los dóla-

res a su destino. No puso en poder de Severino & Feoli, los mandatarios de Elías Jorge, ni cheque, ni letra de cambio. Desde este punto de vista, como lo sostiene el apoderado del demandante, la operación es de resultado, ya que no se expidió el instrumento negociable para que la persona interesada lo remitiera a su destino por su cuenta y riesgo.

Severino & Feoli actuaron como mandatarios sin representación de Elías Jorge, al celebrar con la sucursal del Banco la operación de cambio correspondiente para situar cierta cantidad en moneda extranjera en Siria a favor del señor Mahul Shibel.

El mandatario puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. (Artículos 2146 y 2171 del C. C.) Es decir, puede existir, según estas claras disposiciones, un mandato sin representación, ya que el mandato no es esencialmente representativo en el Derecho Civil colombiano.

"No siempre — ha dicho la Corte — intervienen las partes directamente en los actos jurídicos. La técnica reconoce medios eficaces para que el patrimonio de las personas en quienes radica algún interés económico sea afectado por el interés de otras personas, tales medios son la agencia oficiosa (artículo 2304 del C. C.), la estipulación a favor de terceros (artículo 1506 del C. C.) y el mandato (artículo 2142 del C. C.)" (G. J., número 1924).

Si al iniciarse la operación de cambio Severino & Feoli no expresaron el nombre de su comitente Elías Jorge, en el curso de la operación éste fue conocido y aceptado por el Banco, como puede deducirse de la carta de 18 de junio de 1940, en la cual el Banco le da cuenta a Elías Jorge que de acuerdo con instrucciones de los comisionistas Severino & Feoli han remitido a su destino un duplicado del cheque y de la carta de fecha 24 de octubre del mismo año, dirigida por el Banco al demandante y que viene a constituír una ratificación de la anterior. Con fecha 28 de noviembre de 1941 el Banco telegrafió a Elías Jorge solicitándole se trasladara a Barranquilla para estudiar el negocio referente al giro con intervención de la Superintendencia Bancaria. Estas pruebas escritas, no tachadas por el demandado y adicionadas con las respuestas dadas a las posiciones pedidas por el actor, son la clara demostración de la operación cambiaria realizada por Elías Jorge con la sucursal del Banco de Bogotá en Barranquilla, por intermedio de sus comisionistas señores Severino & Feoli.

Cuando el comisionista celebra el contrato en su propio nombre, los vínculos se forman entre los contratantes directos, sin que el comitente, frente a los terceros, adquiera derechos ni contraiga obligaciones, precisamente por no ser él parte en el negocio.

El doctor Félix Cortés, en sus comentarios al Código de Comercio, dice: "Puede también el comisionista expresar la calidad en que obra dando el nombre de su comitente; en este caso es un simple intermediario entre el mandante y los terceros; por consiguiente, las obligaciones que nacen del contrato celebrado ligan a los verdaderos contratantes, que son los terceros y el comitente. Es obvio que mediando el contrato de mandato, sobre el comisionista pesan los deberes que su cargo le impone, en relación con el comitente y los terceros. (Artículo 362 del C. de Comercio)."

En el caso en estudio, con posterioridad al convenio, el comisionista reveló el nombre del comitente y el Banco lo reconoció como tal, continuándose directamente entre ellos la negociación.

Un examen detenido de los principios consignados en los artículos 356, 357 y 359 del C. de Comercio, que reglamentan las relaciones y responsabilidades entre comitentes, comisionistas y terceros que contratan con ellos, nos indican que tales disposiciones tienen por objeto impedir que se sorprenda a los terceros que contrataron con el comisionista o que, a su vez, estos terceros puedan sorprender al mandante. Pero si en el desarrollo del contrato el mandante o los terceros aceptan el hecho de que el contrato fue celebrado por el comisionista en nombre del primero y, consecuencialmente, se hacen públicos entre ellos los incidentes que puedan suscitarse en el cumplimiento de la obligación, es lógico aceptar que entre ellos se ha establecido el vínculo jurídico o contractual que en un principio les fue desconocido.

Tan evidente es esto, que el artículo 359 del Código de Comercio, faculta al comisionista para declarar más tarde la persona por cuya cuenta se contrató (caso en estudio), y dispone que hecha la declaración, el comisionista queda desligado de todo compromiso y la persona nombrada (el comitente) le sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones que se desprenden del contrato.

Por lo expuesto se declara no probado el cargo.

Cargo Segundo. — Falta de apreciación de una prueba, que indujo al Tribunal a violar los artículos 184, 185, 186, 188, 190 y 193 del Código de Comercio.

El Tribunal — dice el apoderado del Banco en su demanda de casación, — dio por establecida la existencia de un contrato que denominó contrato de comisión, realizado entre el señor Elías Jorge y la entidad que representa, con base en el supuesto no

establecido en el proceso, de que el Banco aceptó la oferta del actor en forma tácita.

Y no habría sido posible al Juez de segunda instancia llegar a tal conclusión si hubiera apreciado las posiciones absueltas por don Vicente Severino, en su calidad de socio gestor de la sociedad Severino & Feoli, pues de ellas se deduce claramente que no hubo tal aceptación tácita del contrato de comisión, y, por lo tanto, no pudo existir obligación alguna entre el Banco de Bogotá y Elías Jorge.

En dicha prueba se observa, — dice el recurrente, — (respuesta dada a la posición sexta), que el actor estuvo exigiendo continuamente al señor Severino la devolución de su dinero, lo que está diciendo que el contrato de Jorge era con la casa comercial mencionada y no con el Banco, entidad que estuvo dispuesta a devolver la suma reclamada al demandante si hubiese constituído una fianza por no haber tratado con él en ningún momento la entidad bancaria.

La errónea interpretación de las posiciones absueltas durante el juicio por el socio administrador de Severino & Feoli, llevó al Tribunal a dar por probado un contrato que nunca existió, dando lugar, por este concepto, a la violación de las disposiciones del Código de Comercio ya mencionadas.

La Corte considera:

La aceptación tácita del contrato de comisión pactado por Elías Jorge con el Banco de Bogotá, por medio de sus mandatarios Severino & Feoli, se desprende no sólo de las posiciones absueltas por el representante del Banco y las que a su turno absolvió el Gerente de la sociedad mencionada, sino de las cartas dirigidas por el Banco a Elías Jorge con fecha 18 de junio de 1940 y 24 de octubre del mismo año, y del telegrama de 23 de noviembre de 1941, documentos que determinan la aceptación por el Banco de Elías Jorge como comitente en el negocio de cambio de que se ha venido hablando.

La demostración más completa de este hecho se encuentra en la expedición del duplicado del cheque materia del contrato que se llevó a efecto con fecha 22 de mayo de 1940, circunstancia que el Banco se apresuró a comunicar, no ya a Severino & Feoli, sino directamente a Elías Jorge. A esto hay que agregar que con fecha 24 de octubre de 1940, nuevamente se dirigió el Banco a Elías Jorge para participarle que de acuerdo con su carta del 19 del mismo mes, se había dirigido a su agente en Nueva York, para que se sirviera informarle si ya había sido pagado el duplicado del cheque, y ofrecía además a Jorge informarle sobre el resultado de estas gestiones, tan pronto tuviera noticias.

Si el Banco no hubiera aceptado como comitente a Elías Jorge, no tendrían explicación la citada carta del 24 de octubre y mucho menos el despacho telegráfico mencionado atrás, en el cual se le solicita su traslado a Barranquilla, para arreglar el asunto con intervención de la Superintendencia Bancaria, ni la expedición de un duplicado del cheque a instancias de Elías Jorge, que el Banco directamente envió a sus corresponsales.

Algo más: hay constancia en los autos de que el Banco estuvo dispuesto a devolver a Elías Jorge el valor del giro, si éste se hubiera allanado a dar una fianza para responder con ella de la devolución del dinero en el caso de que el cheque remitido a Siria hubiera llegado a su destino.

Lo expuesto es suficiente para declarar no demostrado el cargo.

Tercer cargo. — Violación de los artículos 1515, 1516 y 1517 del C. C. y 182 del Código de Comercio por infracción directa.

Dice el recurrente: en el supuesto de que hubiera existido un contrato entre el Banco y el señor Jorge, para que el actor tuviera derecho a la indemnización de perjuicios era preciso demostrar que el Banco había incurrido en dolo y que sus maniobras fraudulentas eran las que habían producido esos perjuicios pecuniarios, que además han debido probarse, requisitos todos que pasó por alto el Tribunal, condenando a la entidad bancaria, sin fundamento legal, al pago de una indemnización que viola claras disposiciones de la ley.

No están probados los perjuicios, dice el apoderado del Banco, porque unos papeles que fueron llevados al expediente no establecen prueba; no existe además identidad, ni se ha demostrado la relación que existe entre la persona que figura en tales documentos y los señores Mahul Shibel y Elías Jorge.

El dolo no se presume sino en casos especiales previstos por la ley; en los demás casos debe demostrarse. Para que el Tribunal hubiera podido condenar en la forma en que lo hizo se necesitaba no sólo demostrar la obligación del Banco, sino de una manera concreta determinar los perjuicios sufridos y el dolo en que se hubiera incurrido, porque de lo contrario, como aconteció en la sentencia recurrida, se llegaría a la violación de la ley sustantiva por infracción directa.

La Corte considera:

Establecida la existencia de un vínculo obligatorio válido, que produzca efectos civiles y que no esté enervado por alguna excepción, debe el deudor cumplir lo pactado en el convenio y si no lo hace, viola el derecho del acreedor.

La injuria causada al acreedor que lo faculta para pedir al deudor indemnización de perjuicios, con-

siste, pues, en la inejecución de la obligación que tiene lugar en tres casos: cuando hay incumplimiento total; cuando la obligación se ha cumplido imperfectamente; o cuando se ha retardado su cumplimiento.

El perjuicio causado a una persona da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y conocidos de esta relación, son: un perjuicio, una culpa y un enlace de causalidad. Por consiguiente, el acreedor o sea la víctima, puede ejercitar contra el deudor, o sea el autor del daño, la acción de responsabilidad, sin consideración a que la culpa del responsable sea contractual o extracontractual.

De acuerdo con el principio fundamental que concede a toda persona lesionada la acción de responsabilidad, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de ensanchar cada vez más el círculo de esa noción, con la sola limitación de que se produzca en el Juez la certidumbre de que ese perjuicio, aún alejado, sea el resultante de la culpa inicial, como su consecuencia lógica y cierta.

Cuándo el daño causado a un tercero proviene de la inejecución o de la ejecución defectuosa de un contrato, aquel tiene derecho al resarcimiento del perjuicio sufrido, siempre que pruebe la realidad de éste y la legitimidad del interés lesionado. (Véase sentencia de 30 de abril de 1937, G. J., número 1923, página 42).

En el contrato de cambio que se estudia, realizado con el Banco de Bogotá, esta entidad no entregó el instrumento negociable del caso, sino que se comprometió a situar en Siria el dinero, por conducto de sus corresponsales en Nueva York. Es decir, el Banco asumió la obligación de la remesa directa de los dólares.

Se trata de una obligación, cuyo incumplimiento se traduce en indemnización de daños y perjuicios. Aceptada expresa o tácitamente la comisión, el comisionista deberá ejecutarla y concluírla, y al no hacerlo, sin causa legal, responderá al comitente de los daños y perjuicios que se sobrevinieren.

Legalmente se presume la culpa del deudor que no cumple oportuna e íntegramente su obligación. El acreedor no tiene necesidad de probarla, porque la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, como se desprende de los artículos 1603 y 1604 del C. C. Respecto del caso que se estudia, debe agregarse que el demandante presentó pruebas para demostrar haber sufrido perjuicios por el incumplimiento.

El artículo 1613 de la misma obra no sólo determina el alcance de la indemnización de daños y perjuicios, sino que señala las causas que los originan.

De lo expuesto se deduce que para condenar al pago de daños y perjuicios, en la forma que lo hizo la sentencia recurrida, no era necesario demostrar el dolo por parte del demandado; bastaba la existencia de la culpa.

Por lo expuesto se declara no probado el cargo.

Sentencia

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha 6 de julio de 1944, en el juicio ordinario seguido por Elías Jorge contra la sociedad comercial de Severino & Feoli, domiciliada en Ciénaga, y contra el Banco de Bogotá, sucursal de Barranquilla.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE EXCUSION DE BIENES DE UNOS INVENTARIOS

1. — Según el inciso último del artículo 258 del Código Civil, los gastos de que habla ese artículo podrán salir de los bienes propios que tuviere el hijo, conservándose los capitales en cuanto sea posible.

2. — Una cosa es la incuestionable obligación legal del padre de alimentar a sus hijos y otra muy distinta que por sólo establecer la ley esa obligación haya de entenderse que en la sucesión del padre figuren asignaciones alimenticias. Según el C. C. puede haberla por disposición testamentaria, y éstos son los alimentos voluntarios; y también los hay forzosos, que es a lo que atiende en su caso el artículo 1016, numeral 4º; pero éstos son aquellos a cuyo pago ha sido condenado el causante en el juicio especial de alimentos. Concedidos por la vida del alimetario mientras subsistan las circunstancias que justificaron la demanda, en su caso (artículo 422), tienen en la sucesión del alimentante el sello de lo forzoso (artículos 1226 y 1227).

3. — El artículo 941 del C. J. ve en los créditos a cargo de la sucesión dos clases distintas: los que constan en instrumento que preste mérito ejecutivo, los cuales se incluyen sin lugar a indagar la aceptación o rechazo de los herederos, y los que, careciendo de aquel respaldo, no se incluyen sino en cuanto todos los herederos los acepten.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El doctor Arturo Vivas Acosta, cesionante de derechos hereditarios en la sucesión de Luis Rueda o Restrepo, entabló demanda ordinaria contra Adelia Maldonado por sí y como representante legal de sus menores hijos naturales Luis María y Alfredo Maldonado y contra Gabriel J. Rueda, cesionario de derechos herenciales en aquella sucesión, para que se declare "inexistentes, ficticios o no debidos" los créditos denunciados como pasivo de aquélla en las partidas primera a octava de la diligencia de inventarios y avalúos practicada en la causa mortuoria del expresado causante el 4 de julio de 1941, y que en consecuencia se absuelva a esa sucesión de tales deudas y, decretada su exclusión de esa diligencia, se ordene no tenerlas en cuenta en la partición.

El Juzgado del Circuito de Villavicencio admitió la demanda y ordenó su traslado el 25 de marzo de 1943, y surtida la instancia la decidió el 11 de mayo de 1944 decretando lo pedido en lo relativo al crédito relacionado en la partida cuarta del pasivo antedicho y negándolo respecto de las partidas restantes.

Esa partida cuarta relaciona un crédito a favor de Adelia Maldonado, cuyo apoderado apeló; otro tanto hizo el del demandante. Surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó aquel fallo en el de 30 de noviembre de 1944, contra el cual ambos apoderados aludidos interpusieron casación, recurso que, tramitado debidamente, hoy se decide.

Es fundamento cardinal de las sentencias de instancia la unanimidad en el reconocimiento por los herederos de los créditos a cargo de la sucesión relacionados en las partidas del pasivo atacadas en el presente pleito. Y, como varios de esos créditos son a favor de terceros que no han figurado en este litigio, se agrega que no cabría hacer las declaraciones demandadas sin oírlos, ya que ese reconocimiento determina para ellos una situación legal de que sin su audiencia no podría privárseles.

El apoderado del demandante invoca el motivo primero de los del artículo 520 del C. J. para formular en casación estos dos cargos: a) Error de derecho en la apreciación de la diligencia de inventarios, por ver en ella una confesión de quienes la suscribieron, y consecuencial violación de los artículos 1494, 1502, 1741, 1757 y 1769 del C. C., pues sostiene el recurrente que en su representado no hubo al firmar esa diligencia **ánimus confitendi,** y advierte que la aceptación de cada deuda se da, en su caso, con ocasión y durante el término del traslado que de la petición del acreedor ha de conferirse a los herederos según el artículo 941 del C. J., el que aquí no se les confirió; y b) Quebranto de esas mismas disposiciones sustantivas por indebida aplicación del artículo 1506 de ese Código, porque la inclusión de los referidos créditos en favor de terceros constituye una estipu-

lación para ellos que puede revocarse sin contar con ellos, por no mediar su aceptación.

El otro recurrente, o sea la Maldonado, por medio de su apoderado, quien recurre con el fin de que rija y permanezca en el pasivo de la sucesión y, por ende, en su partición sea atendido el crédito de la partida cuarta, acusa de violación de los artículos 1016 y 258 del C. C. y 25 de la ley 45 de 1936, en forma que se resume así:

El artículo 1016 distingue entre deudas hereditarias y asignaciones alimenticias forzosas, al enumerar separadamente las deducciones previas que han de hacerse, en su caso, al acervo bruto para llegar al líquido; y a pesar de ello, el Tribunal reputa deuda hereditaria el crédito relacionado en esa partida, sin fijarse en que se trata de la alimentación de los menores hijos naturales del causante, que tienen derecho a alimentos conforme al citado artículo 25. Deduce de ahí que se quebrantaron estas disposiciones ordenando suprimir, cual si fuese deuda hereditaria, una partida que es de alimentos y que, en reconociéndole esta calidad, debe conservarse, a más de que en lo que no corresponda a alimentos de los hijos del causante, son gastos en interés de todos los herederos.

El Tribunal ordenó excluír este crédito, porque proviene de deudas contraídas personalmente por la Maldonado después de la muerte del causante. Ni los viajes de la Maldonado ni sus erogaciones para atender a sus hijos ha de costearlos la sucesión; no pueden pues figurar como pasivo de ésta.

El citado artículo 258 dice: "Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos, tocarán al sobreviviente en los términos del inciso final del precedente artículo". Según este inciso esos gastos podrán salir de los bienes propios que tuviere el hijo, conservándose los capitales en cuanto sea posible. De ahí lo procedente de la cita que el Tribunal hace de aquella disposición para corroborar su concepto.

Estas transcripciones hacen ver inadmisible el cargo de violación del artículo 258. Así mismo lo es el relativo al 1016 y al 25 de la citada Ley 45, porque una cosa es la incuestionable obligación legal del padre de alimentar a sus hijos y otra cosa muy distinta es que por solo establecer la ley esa obligación, haya de entenderse que en la sucesión del padre figuren asignaciones alimenticias. Según el C. Civil, puede haberlas por disposición de testamento, y éstos son los alimentos voluntarios; y también los hay forzosos, que es a los que atiende, en su caso, el artículo 1016 en el numeral 4º; pero éstos son aquellos a cuyo pago ha sido condenado el causante en el juicio especial de alimentos, y aquí no lo hubo. Concedidos por la vida del alimentario mientras subsistan las circunstancias que justificaron la demanda, en su caso (artículo 422), tienen en la sucesión del alimentante el sello de lo forzoso (artículos 1226 y 1227).

Claro se ve que, si efectivamente una parte de las deudas contraídas por la Maldonado la invirtió en sus hijos, en época posterior a la muerte del **de cujus**, tales deudas personales de ella no pueden reputarse pasivo de la sucesión.

Si, por tener patrimonio los hijos, de él ha de tomarse, en lo posible de sus productos, a fin de conservarlo, y si la madre ha atendido a esos gastos, podrá suceder que más tarde se suscite entre ellos y ella un problema al respecto. El se resolverá en su lugar y en su día. Para no afrontarlo en este fallo, basta tener presente que no ha sido materia de la controversia.

Rechazados los cargos del apoderado de la Maldonado, se entran a considerar los del otro recurrente, esto es, los del apoderado del demandante Vivas Acosta.

No se justifica en manera alguna su concepto de qué el reconocimiento de un crédito por el deudor constituya la estipulación contemplada en el artículo 1506 del C. C.

Al morir Luis Rueda o Restrepo dejó como herederos a su madre, Petronila Rueda, y a sus hijos naturales Alfredo y Luis María. Estos han sido representados por su madre natural Adelia Maldonado. En virtud de cesiones que no viene al caso detallar, los derechos de Petronila son hoy en parte del demandante Vivas Acosta y en parte del demandado Gabriel J. Rueda. Estos dos interesados y la Maldonado, es decir, todos los herederos, concurrieron a la diligencia de inventarios y avalúos y, por tanto, a la declaración de las diversas partidas del pasivo relacionado; todos ellos solicitaron la aprobación, y todos al notificarse el auto que la pronunció manifestaron consentirlo.

Este conjunto de hechos y, sobre todo, la ejecutoria de esa providencia vincula a todos los herederos en forma tal que es inoperante el cargo relativo a confesión de ellos como fuente de las obligaciones declaradas en dichas partidas, puesto que lo dicho determina la conservación de ellas en el pasivo con su consecuencial influencia en la partición, cualquiera que sea el concepto sobre si fue confesión o no de los herederos lo que hicieron al proceder al respecto como se ha resumido en el párrafo precedente.

El artículo 941 del C. J. ve en los créditos a cargo de la sucesión dos clases distintas: los que constan en instrumento que preste mérito ejecutivo, los

cuales se incluyen sin lugar a indagar la aceptación o rechazo de los herederos, y los que, careciendo de aquel respaldo, no se incluyen sino en cuanto todos los herederos los acepten. Como esto último fue lo ocurrido aquí, ni lugar hubo a un traslado de la solicitud de los acreedores, el cual no tiene por objeto sino averiguar la voluntad de los herederos. Manifestada ésta inicial y espontáneamente, no cabe echar menos un traslado inoficioso.

Se rechazan, pues, los cargos del demandante como recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.) **Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón,** Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS.—INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1.—La interpretación que hace un Tribunal de una demanda sólo es susceptible de ser atacada en casación por error de hecho, dentro de la causal primera. Es el caso del pleito, en vez de haber formulado el ataque adecuadamente el recurrente, se dio a la labor inútil de alegar una hipotética nulidad de procedimiento, sin advertir que el concepto del Tribunal sobre la persona del demandado encarna una cuestión sustantiva, que sólo es dable acusar, por consiguiente, dentro de la idea de violación de la ley sustantiva. Entendiendo el Tribunal que el demandado es N, dueño de una empresa comercial, y en manera alguna determinada persona jurídica, resolvió el punto relacionado con la fijación del sujeto pasivo de la obligación reclamada por el demandante, a través de los términos de una demanda que encontró en el particular oscura. Tal actitud del Tribunal conlleva, de consiguiente, la solución de un problema de puro derecho civil. En manera alguna adjetivo o procedimental, referente a la personería adjetiva del demandado, pues las nulidades basadas en defectos de personería, según el numeral 2º del artículo 488 del Código Judicial, reposan siempre sobre la idea de representación en juicio de la persona señalada como demandado o demandante.

2.—Es muy distinto demandar a una persona en calidad de gerente, director o administrador de una persona jurídica, a demandarla en calidad de dueño de un negocio o de una organización determinada, como almacén, fábrica, empresa de transportes, etc. En el primer caso, la persona comparece al juicio en virtud de la representación que se le atribuye, lo cual supone la necesidad de acreditar la existencia de la persona moral con los medios autorizados en la ley. Mas en el segundo, como lo que se atribuye al demandado no es una representación, sino una actividad en determinado género de negocios, la consideración de aspectos tocantes a la persona moral resulta impertinente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Agustín Ferreira y la señorita Elvira Avila Liévano, por medio de apoderado demandaron en juicio ordinario ante el juez del circuito de Bogotá, al señor Angel Ferreira C. "en su condición de propietario de la Empresa de Transportes Ferreira, o como dice el certificado expedido en la Cámara de Comercio de esta ciudad, Empresa Ferreira de Transportes, Angel Ferreira C., empresa que se halla representada por su gerente y propietario... para que con audiencia de dicho señor Ferreira", se le condene a pagar a los demandantes el valor de los perjuicios que sufrieron en el accidente de tránsito ocurrido en el kilómetro 406 de la carretera Central del Norte, municipio de Concepción, el día 4 de febrero de 1942, debido a la volcada del bus número 0356, de placas de Boyacá, en que viajaban los demandantes, conducido por el chofer Luis Antonio Suárez Valcarcel, bus perteneciente a la referida empresa.

Afírmase en la demanda que el 4 de febrero de 1942 los demandantes tomaron en Pamplona un tiquete de ocho puestos para viajar a Málaga en el bus que debía salir, según el tiquete, a las siete de la mañana. No salió el bus a la hora indicada, sino a las nueve menos cuarto, tomando desde el principio excesiva velocidad, hasta el kilómetro 406 donde se volcó. Del accidente salieron lesionados los demandantes con heridas que los incapacitaron por largo tiempo y les ocasionaron fuertes gastos. El bus era de la empresa demandada, de propiedad del señor Ferreira, y con el accidente fue violado el contrato de transporte.

El juez de primera instancia absolvió al demandado, pero el Tribunal Superior de Bogotá, a donde subió el negocio en apelación, revocó la sentencia del juez y en su lugar resolvió:

"1º.—Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas";

"2º.—Condénase al demandado señor Angel Ferreira C., a pagar a los demandantes Agustín Ferreira y Elvira Avila Liévano, dentro de seis (6) días contados desde la ejecutoria de la sentencia, el valor de los perjuicios materiales que sufrieron con las lesiones recibidas en el accidente de que trata la parte motiva de esta sentencia".

"El valor de los perjuicios a que se refiere esta condenación se liquidarán por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de este fallo".

"3º.—Absuélvese al demandado de los demás cargos de la demanda";

"4º.—El demandado debe pagar las costas del juicio".

Contra el fallo anterior recurre en casación el apoderado del señor Angel Ferreira C. y la Sala, después de haber agotado la sustanciación correspondiente, acomete el examen de los cargos.

La sentencia se acusa por dos de las causales establecidas en el artículo 520 del código judicial: la primera y la sexta.

Por razón de método la Sala comienza por la causal sexta.

—I—

El juicio adolece de las nulidades establecidas en los numerales 1º y 2º del artículo 448 del Código Judicial.

—A—

Para demostrar que el juicio adolece de nulidad por ilegitimidad de la personería del demandado razona así, en síntesis, el abogado recurrente.

La intención de los actores fue promover la acción contra la persona jurídica denominada Empresa Ferreira de Transportes, lo que se demuestra con los términos mismos del libelo y la presentación de la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá, que acredita la existencia de la mencionada empresa, documento que se acompañó al libelo.

La empresa demandada es una persona jurídica, y eso lo acredita el certificado de la Cámara de Comercio de Cúcuta sobre constitución de la sociedad de responsabilidad limitada bajo la razón social de Empresa de Transportes Ferreira Limitada, con domicilio en Cúcuta, y el certificado expedido por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, traídos al juicio por el demandado.

No obstante haberse demandado a una persona jurídica el Tribunal condena al señor Angel Ferreira, personalmente. Pero aun en la hipótesis de que la acción hubiese sido dirigida contra Ferreira, es lo cierto que no se probó la existencia legal de la empresa Transportes, ni que el señor Ferreira era el dueño de ella, ni que el bus que sufrió el accidente del cual se hacen originar los perjuicios estaba afiliado a dicha empresa, siendo aquél su propietario.

La relación jurídica entre demandado y demandante se establecería en uno de los siguientes casos: que Ferreira fuera propietario de la Empresa de Transportes; que él fuera el dueño del autobús que ocasionó el siniestro; o que el chofer Suárez Valcarcel fuera dependiente o subordinado suyo. La certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que fue aducida por los demandantes, acredita que la empresa fue inscrita el 27 de abril de 1942, es decir, aproximadamente tres meses después de ocurrido el suceso en el kilómetro 406. El certificado no dice quién es el gerente o propietario de tal empresa, de suerte que ese documento en modo alguno vincula a Angel Ferreira al hecho que dio origen a la acción de responsabilidad. El abogado del demandado desde la iniciación del proceso planteó la tesis de que el vehículo que ocasionó el siniestro del 4 de febrero no pertenecía a Angel Ferreira ni a la empresa de Transportes que aparece como demandada; y tal tesis está respaldada con las pruebas que amerita el recurrente y de las cuales se ocupa extensamente.

Se considera:

El Tribunal sentenciador anota que la demanda carece de claridad en lo tocante a la persona que señala como demandada. Sin embargo, examinando la parte petitoria llega a la conclusión que al señor Angel Ferreira se le demanda como propietario de la empresa de transpotes a que pertenecía el bus del accidente. De consiguiente "debe tenerse a dicho señor como demandado personalmente, como dijo el juzgado en el auto que decidió las excepciones dilatorias". Y aceptando que el demandado es el señor Ferreira, el Tribunal declara inadmisible la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva, propuesta desde la contestación de la demanda.

El Tribunal ha hecho así una interpretación de la demanda. Esta interpretación sólo es susceptible de ser atacada en casación por error evidente de hecho, dentro de la causal primera. Pero en lugar de haber formulado el ataque adecuadamente, el recurrente se da a la labor inútil de alegar una hipotética nulidad de procedimiento, sin advertir que el concepto del Tribunal sobre la persona del demandado encarna una cuestión sustantiva, que sólo es dable acusar por consiguiente dentro de la idea de violación de la ley sustantiva.

Entendiendo el Tribunal que el demandado es el señor Angel Fèrreira, dueño de una empresa comercial, y en manera alguna determinada persona jurídica, resolvió el puntó relacionado con la fijación del sujeto pasivo de la obligación reclamada por el demandante, a través de los términos de una demanda que encontró en el particular oscura.

Tal actitud del Tribunal conlleva de consiguiente la solución de un problema de puro derecho civil. En manera alguna adjetivo o procedimental, referente a la personería adjetiva del demandado, pues las nulidades basadas en defectos de personería, según el numeral 2º del artículo 448 del código judicial, reposan siempre sobre la idea de la representación en juicio de la persona señalada como demandado o demandante.

La pretensión del recurrente, aspirando a que en casación se corrija un supuesto error del Tribunal, tratándolo como de procedimiento, cuando de haberse cometido sería dentro del ámbito del derecho sustantivo concerniente a la persona llamada por el actor a responder de la acción, excede la técnica del recurso, en el cual hay que saber abrirle a la Corte los caminos idóneos que la conduzcan a enfrentar las tesis del sentenciador de instancia.

El cargo es, pues, inadmisible.

—B—

Que en el juicio se ha incurrido también en la causal de nulidad de que trata el numeral 1º del artículo 448 del código judicial, sostiene el recurrente.

Tal nulidad sería entonces la de incompetencia de jurisdicción.

Se sustenta diciéndo que " la entidad transportadora que de acuerdo con la ley tiene la vía de Duitama a Cúcuta por la carretera Central del Norte, es la "Empresa Ferreira Limitada", cuyo domicilio social está en la ciudad de Cúcuta, según los certificados de la Dirección Nacional de Transportes y de la Cámara de Comercio de Cúcuta. Así las cosas, y en el supuesto de que los actores tengan derecho para reclamar la indemnización de acuerdo con la ley, su acción debió intentarse de acuerdo con las normas de competencia. No procedieron así, violando lo dispuesto por los artículos 144 y 155, ordinal 2º del código judicial.

Se considera:

Pasando de largo frente al grave error que comete el recurrente trayendo a cuento la atestación de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas acerca de las carreteras en que la "Empresa Ferreira Limitada", fue aceptada por el ministerio de obras públicas a prestar el servicio de transportes, para determinar la competencia del juez en un negocio por razón del domicilio del demandado; y el no menos equivocado de pretender que el certificado de la Cámara de Comercio de Cúcuta sobre constitución el 28 de abril de 1942 —dos meses después de ocurrido el accidente origen de los daños demandados— de la sociedad Empresa de Transportes Ferreira Limitada, con domicilio en Cúcuta, por los señores Martín Ferreira R. y Martín Ferreira C., tenga alguna influencia para librar al demandado de la responsabilidad que se le imputa; se observa que la causal de nulidad alegada, de incompetencia de jurisdicción, se desvirtúa ante la consideración de que el Tribunal interpretó que el demandado es la persona física de Angel Ferreira, vecino de Bogotá, interpretación que está en pie.

Se desecha el cargo.

—II—

Causal por violación de leyes sustantivas
Primer cargo

Haciendo un extracto de lo esencial de las alegaciones del recurrente respecto de este primer cargo, que se dirige a combatir el supuesto daño indemnizable que sufriera en el accidente la señorita Elvira Avila Liévano y que el Tribunal aceptó, esas razones son:

Que el punto de partida de toda acción de indemnización es el perjuicio que reciba la víctima de un hecho culposo; que por parte alguna del informativo se encuentra comprobación de las lesiones que recibiera la demandante citada

y que le afectaran su capacidad; que por tal razón en la sentencia hay un error evidente de hecho al haber considerado como probados hechos que no lo fueron en el proceso —las lesiones de la señorita Avila Liévano— y al asignar a las pruebas aducidas un valor de que carecen en relación con ella; y que en consecuencia, el Tribunal violó los artículos 693, 694, 637 y 639 del código judicial; y los artículos 2341, 2343, 2347 y 2356 del código civil.

Se considera:

Acaso en el fondo le asista razón al recurrente para intentar que se corrija el posible error del Tribunal consistente en haber condenado al pago de una indemnización en favor de la señorita Avila Liévano, sin que el daño que ella sufrió esté satisfactoriamente establecido, ya que en el particular obran apenas las declaraciones de Alfredo Rodríguez y Felipe Rodríguez, quienes refieren que después del accidente vieron a dicha señorita descalabrada, y el testimonio del médico doctor Carlos R. Parada, quien le hizo en Málaga la primera curación, que le pagó el señor Angel Ferreira.

Sin embargo, las disposiciones que cita el recurrente como violadas sitúan la cuestión fuera de su verdadero campo para colocarla en un terreno legal completamente inadecuado para que prospere el cargo.

Si el tribunal llegó a cometer error de hecho en la apreciación de las pruebas a través de las cuales vio, infundadamente, consumado un daño, las disposiciones civiles quebrantadas tendrían que ser entonces de aquella clase referente al pago de perjuicios por razón de la culpa contractual, comoquiera que el sentenciador formula la condena deduciéndola del incumplimiento de un contrato de transportes. De consiguiente el cargo de violación de la ley ha debido guardar armonía, atacando ese concepto del Tribunal. En cambio se señalan impertinentemente como violados preceptos atañederos a la culpa extracontractual, como los artículos 2341, 2343, 2347 y 2356 del código civil, disposiciones en un todo ajenas al sistema legal en que el Tribunal se apoyó para condenar, sistema que se repite fue el de la culpa contractual, y particularmente el del artículo 322 del código de comercio y sus concordantes.

Ahora en cuanto a las disposiciones del código judicial citadas, ninguna da asidero para estimar bien formulado el cargo, pues los artículos 639, 693 y 694 son de un carácter muy adjetivo, y es sabido que el recurso de casación exige primordialmente que la violación se refiera a leyes sustantivas; en tanto que el artículo 637, tocante al alcance probatorio de los documentos privados reconocidos o registrados, nada tiene que ver con la condena que hizo el Tribunal a indemnizar perjuicios efectivos y reales que creyó bien acreditados en abstracto con las pruebas que el fallo pormenoriza.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo

La demanda de casación concreta este último cargo más o menos así:

Del contexto de varios párrafos de la sentencia del Tribunal se infiere que éste acomodó su fallo a la idea de la existencia de culpa contractual.

La comprobación previa de la relación contractual constituye el requisito básico indispensable para estructurar la responsabilidad de esta categoría.

Supone el Tribunal que los demandantes celebraron un contrato de transportes el día 4 de febrero de 1942. Pero precisaba averiguar con quién establecieron ese pacto.

¿Lo celebraron con la entidad moral "Empresa Ferreira de Transportes — Angel Ferreira?" Entonces lo celebraron con una persona moral inexistente el día 4 de febrero de 1942, pues el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá acredita la existencia legal de dicha empresa tan sólo a partir del día 27 de abril del mismo año, es decir, tres meses después de ocurridos los hechos de que da cuenta el proceso.

¿Lo celebraron acaso con la persona natural de Angel Ferreira? Pero este señor no tenía ninguna conexión con la empresa que se acaba de mencionar. Aparte de que en la dilatada tramitación del juicio no se trajo a los autos la prueba de que Angel Ferreira fuera propietario, gerente o administrador de la tan traída y llevada empresa transportadora. Al contrario hay una prueba concluyente de que Angel Ferreira es absolutamente ajeno a toda vinculación contractual con los demandantes: el certificado expedido por la Dirección de Circulación y Tránsito del Departamento de Boyacá que acredita el hecho de estar el bus 0356 placa de Boyacá, matriculado en esa dirección a nombre del señor Emeterio Montoya el día 4 de febrero de 1942.

El supuesto del Tribunal lo llevó a quebrantar las siguientes disposiciones: 1494, 1495 y 1496 (no

dice de qué estatuto); 2070 a 2073 del código civil; y 258 a 261 del código de comercio. Todos por cuanto el Tribunal estimó probado un contrato de transporte con las consiguientes obligaciones para el transportador.

Se considera:

El Tribunal en el fallo le deduce responsabilidad civil al señor Angel Ferreira, como dueño de la empresa o negocio denominado "Empresa Ferreira de Transportes". Es muy distinto demandar a una persona en calidad de gerente, director o administrador de una persona jurídica, como sociedad civil o mercantil, corporación o fundación, a demandarla en calidad de dueño de un negocio o de una organización determinada, como almacén, fábrica, empresa de transportes, etc. En el primer caso, la persona comparece en el juicio a virtud de la representación que se le atribuye, lo cual supone la necesidad de acreditar la existencia de la persona moral con los medios autorizados en la ley. Más en el segundo caso como lo que se atribuye al demandado no es una representación, sino una actividad en determinado género de negocios, la consideración de aspectos tocantes a la persona moral resulta impertinente.

El Tribunal partiendo de la base de que el señor Angel Ferreira estaba demandado en la segunda calidad, entró a examinar lo referente al hecho de ser dueño de la empresa de transportes, y a la celebración del respectivo contrato con los demandantes para movilizarlos desde Pamplona a Málaga el 4 de febrero. Esos dos hechos encontrólos simultáneamente comprobados: a) con el tiquete acompañado al libelo de demanda, expedido a favor de Agustín Ferreira para 8 pasajeros de Pamplona a Málaga, por la Empresa Ferreira de Transportes, de Angel Ferreira; b) con la diligencia de inspección ocular practicada en el lugar del accidente el mismo día en que éste ocurrió, por el inspector de circulación y tránsito de la provincia de Málaga, asociado de dos peritos, en la que se dejó constancia de haberse hallado allí el bus perteneciente a la empresa Ferreira, según los letreros que así lo indicaban; y c) con las declaraciones de los compañeros de viaje de los demandantes.

Todos esos comprobantes indujeron al Tribunal a atribuírle al señor Ferreira el carácter de empresario público de transportes, de acuerdo con la definición del artículo 271 del código de comercio, y responsable de la conducción de las demandantes de Pamplona a Málaga, según el contrato de que el tiquete y los testigos dan cuenta.

Ahora bien, ni uno solo de los elementos probatorios que le sirvieron al Tribunal para formar su convicción está adecuadamente atacado en casación. La acusación pertinente hubiera sido por error de hecho evidente, en la apreciación de todos y cada uno de aquellos elementos, pero demostrado en tal forma que el andamiaje en que el Tribunal apoyó sus conclusiones quedara destruído. Labor por otra parte difícil de adelantar con éxito ya que las pruebas ameritadas por el Tribunal conducen ciertamente a respaldar las conclusiones que adopta al respecto.

Ineficaz por todo aspecto en orden a los fines que el recurrente, persigue, es hacer mérito del certificado expedido por la Dirección de Circulación y Tránsito del Departamento de Boyacá, sobre el hecho de que para la fecha del siniestro en el kilómetro 406 de la carretera central el bus 0356, estaba matriculado en esa dirección con el nombre de Emeterio Montoya. El carácter de empresario público de transportes que el Tribunal le atribuye al demandado para condenarlo, no requiere ser propietario de los vehículos que utilizaba con destino a la movilización de la carga o de los pasajeros. En vehículos ajenos, alquilados o afiliados a la empresa, estaba tan comprometido a responder de sus obligaciones derivadas del contrato de transporte, como en vehículos propios. Sobre el particular la naturaleza y finalidades del contrato no autorizan diferencias de ninguna clase.

Se rechaza el cargo.

SENTENCIA

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la república y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de segunda instancia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Condénase al recurrente al pago de las costas del recurso. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y REIVINDICACION.—INTERDICCION JUDICIAL DE UN DEMENTE

No es legalmente exacta la afirmación de que el código establezca y autorice dos procedimientos distintos, uno más breve y sumario que el otro, para obtener la interdicción judicial de un demente. El único juicio conducente al efecto y de obligatorio seguimiento es el especial establecido en los artículos 820 a 823 del capítulo IV del título XXI del Código Judicial que trata de la "Intervención judicial en relación con los incapaces", y que se sigue con audiencia del Ministerio Público, ora como demandante, ora como demandado y oídos también los parientes del demente. Fuera de lo que se establece en esas disposiciones, lo que pasa es que, mientras se decide la causa, el Juez puede cuando lo considere conveniente, a virtud de los informes verbales de los parientes del demente o de otras personas, decretar la interdicción provisoria, para lo cual debe tramitarse dentro del juicio una articulación (artículcs 535 C. C. y 819 C. J.), y puede también, antes de iniciarse el juicio, o durante él, de una vez o a medida que vaya siendo menester, tomar las providencias preventivas autorizadas por la ley sustantiva en los casos de nulidad del matrimonio y de divorcio (artículos 822 y 792 del C. J.). El fallo sobre interdicción provisional que autoriza el Código Civil y que se decreta mediante una articulación, es revisable dentro del juicio especial de interdicción si varían las circunstancias que lo motivaron (819 C. J.). No hay, pues, juicio para obtener que una persona sea declarada en interdicción provisional por demencia, como erradamente se demandó y obtuvo en el caso de autos. Tal situación, como de su propia naturaleza y denominación se desprende, es transitoria, interina, lograda en un incidente del juicio especial de interdicción, mientras se decide definitivamente si hay o no lugar a la declaración del entredicho demandado, como lo establece inequívocamente el artículo 535 del C. C. Una interdicción provisoria definitiva, es un disparate inaceptable. El decreto provisorio se dicta sobre la base de informaciones simplemente verbales que no tienen siquiera el mérito de prueba testimonial, a título más bien de medida precautelativa, en todo caso, sin comprobación adecuada y legal de la demencia. Es la interdicción definitiva que se decreta en el fallo que finaliza el juicio especial, la que reposa y se funda sobre la demostración plena, sobre la base de peritazgos médicos, de la insania mental permanente que aqueja al interdicto. De ahí por qué el decreto de interdicción tiene la capacidad probatoria completa que le atribuye el artículo 553 del C. C., al extremo de consagrar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos ejecutados o celebrados con posterioridad a él, aunque se alegue haberse hecho en un intervalo lúcido. Concederle el mismo mérito probatorio al decreto provisorio que no ha alcanzado su confirmación total en el definitivo, equivaldría a decretar una nulidad sin prueba de la incapacidad en que se funda.

Estos mismos principios, fundados en el significado sustancialmente diferente de los decretos provisorio y definitivo de interdicción por demencia, son aplicables también respecto del cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 536 del C. C., para la promulgación del entredicho, y que si bien se exigen allí para ambos, precisa advertir que el decreto de interdicción provisoria está condicionado siempre por la confirmación que alcance en el definitivo, pues si el fallo del juicio deniega la interdicción, la que provisionalmente se haya decretado en un incidente de él carece de todo valor y efecto. Aunque la doctrina y la jurisprudencia tienen aceptado que la omisión de los requisitos de publicidad del artículo 536 no afectan ni detienen las consecuencias jurídicas de la incapacidad, porque en el dilema de no perjudicar a los terceros que no hayan sido advertidos de la interdicción o dar al incapaz de-

bida protección, se ha preferido este último extremo como necesidad superior, es desde luego en referencia a los casos en que la publicidad omitida sea de una interdicción definitiva decretada en la sentencia proferida con observancia de las formas propias del juicio en el que se supone fue la demencia objeto de completa demostración probatoria. En ningún caso reza esta solución jurisprudencial con un decreto simplemente provisorio como del caso de autos, sin base probatoria aceptable de la incapacidad.

2.—Tratando de los actos jurídicos de los dementes ha dicho reiteradamente esta Corte que cuando una persona no está en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que ha sufrido una sicosis, sino que es indispensable aducir la doble prueba de que ha sufrido una "perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad", ya que no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil, y que esa perturbación patológica, que impidió el consentimiento, fue concomitante con la celebración del contrato.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Son antecedentes de este litigio:

En memorial fechado el 30 de noviembre de 1932, Manuel García Prada, invocando lo dispuesto en los artículos 819 a 822 del C. J., pidió al Juez del Circuito Civil de Málaga que decretara la interdicción judicial provisional de su hermana María Elena García Prada, por causa de demencia, y que, de acuerdo con los artículos 822 y 792 del código citado, tomara las medidas preventivas necesarias para evitar que su hermana celebrara contratos inconvenientes.

El Juzgado, al día siguiente, 1º de diciembre "oídos como han sido los informes verbales de algunos parientes de la presunta interdicta, vistos los informes escritos rendidos por las señoritas Flavia del Carmén García y Enriqueta Prada, y teniendo en cuenta el suscrito Juez que se persigue solamente defender los intereses de la señorita Elena García Prada contra posibles operaciones descaminadas que la puedan llevar a la miseria y que, si en el curso del juicio hubieran variado las circunstancias y se hubiera de revisar este decreto, lejos de traerle esto un perjuicio a la supuesta interdicta, lo que ocurriría sería que ella ya vería que si no se conduce con sus intereses en forma cuerda, no solamente hay hermanos y parientes que velan por ella, sino que la ley y el Juez también cuidan de sus bienes, declara a la mencionada señorita Elena García Prada en interdicción provisional y de consiguiente, incapacitada para administrar sus bienes y para celebrar contrato alguno. Como medida preventiva se ordena dirigir despachos a los señores Notarios de este Circuito y Registradores del Cocuy y de este Circuito, prohibiéndoles prestar sus servicios a la señorita Elena García Prada en todo acto o contrato en que grave, enajene o limite en forma alguna el dominio de sus bienes. Este decreto se registrará en la oficina de este Circuito y se hará conocer del público por carteles que se fijarán por lo menos en tres de los parajes más públicos de esta ciudad y se publicará siquiera una vez en el Diario Oficial. De conformidad con el artículo 461 del C. C., mientras se discierne la curaduría en la forma legal, se designa como curadora interina de la señorita Elena García Prada a la señorita Flavia del Carmen García, a quien se dará posesión".

Este auto se notificó únicamente al peticionario Manuel García Prada, se inscribió solamente en el libro de demandas civiles de la Oficina de Registro de Málaga y no fue publicado en el Diario Oficial ni por medio de la imprenta. En este estado, sin más actuación, permanecieron las diligencias judiciales, hasta el 11 de julio de 1934 en que Elena García Prada manifiesta al Juez que sabedora de la gestión de su hermano Manuel, ha conferido poder a Eulogio Ortiz para que obtenga la suspensión del decreto de interdicción provisional que le ocasiona graves perjuicios. Surtido el traslado del pedimento del apoderado al Personero Municipal se opuso este funcionario a la revocación del decreto. Declararon ante el Juzgado Flavia del Carmen García y Enriqueta Prada en marzo de 1935, que su sobrina estaba en buen estado de salud y perfectamente cuerda. Examinada por dos médicos, tres veces y en días distintos, según orden del Juez, certificaron los peritos (en marzo de 1936) que Elena García estaba en el goce de sus facultades y era hábil para los actos de la vida civil. Pidió entonces el mismo apoderado de Elena García que

los médicos repitieran su dictamen por no haber practicado los reconocimientos en presencia del personal del Juzgado, como lo dispone la ley, y el Juez proveyó de conformidad. Y a esto se redujo el llamado juicio de interdicción provisional de Elena García Prada. Nada más se hizo. En esta situación, en enero de 1937, falleció.

En el año de 1934, por medio de escritura pública número 601, del 5 de octubre, otorgada ante el Notario 1º del Cocuy, Elena García Prada vendió a Víctor Manuel y María Luisa Vera, por la suma de $ 800, un terreno llamado Los Jobitos, ubicado en la fracción de Cusaneva, dentro de la jurisdicción municipal de El Espino, por los linderos que en ese instrumento se detallan.

Por medio de la escritura pública número 173 del 1º de marzo de 1939, de la Notaría 2ª del Circuito de Tunja, Rosa García de Ramírez cedió a título de venta a Luis L. Suescún Delgado sus derechos hereditarios en la sucesión de su hermana legítima Elena García Prada.

Suescún Delgado, como cesionario de los preindicados derechos herenciales y en representación e interés de la sucesión ilíquida de Elena García Prada, en libelo fechado el 15 de abril de 1940, ante el Juzgado único Cicil del Circuito de El Cocuy, demandó a Víctor Manuel y María Luisa Vera para que con su audiencia y en sentencia de un juicio ordinario, se declare que es absolutamente nulo el contrato de compraventa celebrado entre Elena García Prada y los demandados, recogido en la escritura pública Nº 601 del 5 de octubre de 1934, de la Notaría 1ª de El Cocuy, "pues en el momento de su celebración la vendedora estaba en interdicción provisional, y, por consiguiente, incapacitada absolutamente para administrar sus bienes y para celebrar tal contrato, según providencia dictada por el señor Juez 2º del Circuito de Málaga con fecha 1º de diciembre de 1932, proferida en el juicio especial que propuso el señor Manuel García Prada; y en conformidad con el artículo 1504 del C. C. son absolutamente incapaces los dementes, viciando de nulidad absoluta todo contrato celebrado por el demente con posterioridad al auto sobre interdicción"; que, en consecuencia, los demandados deben restituir a la sucesión, dentro del plazo que se les señale, el inmueble referido con sus frutos naturales y civiles, y que deben pagar las costas judiciales si afrontan el pleito.

Surtido el traslado legal, los demandados, aceptando algunos hechos y negando los más, se opusieron a las pretensiones del demandante, y en la oportunidad debida la demandada María Luisa Vera presentó demanda de reconvención para que se declare la nulidad absoluta, por omisión de formalidades sustantivas y adjetivas, del auto de 1º de diciembre de 1932 sobre interdicción provisional de Elena García Prada, y que, consecuencialmente son válidos los actos celebrados por ella con posterioridad a esa providencia, entre ellos el que consta en la escritura Nº 601 de 5 de octubre de 1934, celebrado con ellos (los Veras). Subsidiariamente, para el caso de que prospere la nulidad pedida en la demanda directa, se solicita que se condene a la sucesión a devolver a los compradores de Los Jobitos el precio de la venta y a pagarles los perjuicios que se les causen, más las costas judiciales.

Trabada sobre estas bases la litis y agotada la tramitación legal correspondiente, el Juzgado del Circuito, en sentencia de 3 de septiembre de 1943, negó las declaraciones pedidas tanto en la demanda principal como en la reconvención.

Sentencia acusada

La apelación de las dos partes litigantes contra este fallo llevó el conocimiento del negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo donde al término de la actuación del segundo grado, en decisión de 29 de septiembre de 1944, fue confirmada la sentencia apelada. Sin costas.

Considera el Tribunal, para motivar su resolución confirmatoria, que en las diligencias judiciales que se surtieron para poner a Elena García Prada en entredicho civil por causa de demencia no se dio cumplimiento a las formalidades y requisitos que establece la ley en atención a la trascendencia y gravedad que comporta el estado de interdicción de una persona y en guarda al mismo tiempo de los intereses del interdicto y de los terceros. El Juez optó, en efecto, por un procedimiento extremadamente sumario, no autorizado legalmente, pues dio curso a la demanda de interdicción sin prueba ninguna del parentesco del actor y sin surtir la articulación que impone el artículo 819 del C. J. y sin traslado al Agente del Ministerio Público. Pero fuera de estas irregularidades, que en concepto del sentenciador le restan al decreto de interdicción toda eficacia legal, la omisión de las exigencias de inscripción y publicación en el Diario Oficial y por carteles que impone el artículo 536 para los decretos de interdicción provisoria o definitiva,

es razón suficiente para negar valor jurídico a la providencia del Juzgado del Circuito de Málaga, sobre interdicción provisional de Elena García Prada. "De acuerdo con normas positivas de nuestro derecho —dice la sentencia—, no es suficiente que exista un decreto de interdicción expedido por el funcionario competente; pues para que se produzcan los efectos legales de un acto de esta naturaleza, se requiere además que tal resolución se halle revestida de los requisitos del registro y de su notificación al público en la forma prevista por el C. C. Y obsérvese que estas exigencias no son caprichosas; al contrario, ellas obedecen a sanos principios de equidad y de justicia, ya que sin tales medidas sería imposible que el público supiera que determinado individuo se encuentra privado de la libre administración y disposición de sus bienes y que por consiguiente con él no debe entrar en relaciones contractuales... Tampoco se estableció que dicho decreto hubiera sido notificado o hecho saber al público en la forma que ordena la ley, y en estas condiciones necesario es reconocer que el acto judicial que decretaba la interdicción no tuvo efectos jurídicos, y que además los demandados estuvieron amparados en todo momento por la presunción de buena fe respecto de la calidad y de la capacidad de la persona con quien contrataron".

El Recurso

Ha traído este negocio a la Corte el recurso de casación que oportunamente interpuso el apoderado del demandante contra la sentencia del Tribunal Superior y que hoy se decide después de tramitado legalmente.

Con apoyo en la causal primera de casación (artículo 520 del C. J.) acusa el recurrente la sentencia por violación a consecuencia de mala interpretación e indebida aplicación, y por error en la apreciación del decreto de interdicción, de los artículos 563, 545, 553, 1502, 1503, 1504, 1740, 1741 y 2637 del C. C. y 8º de la ley 95 de 1890.

Razona así el recurrente para fundar su acusación:

Los artículos 819 y 820 del C. J. contemplan dos casos distintos y consagran procedimientos diferentes para cada uno, que la sentencia confunde ilegalmente: en el primero se establece un trámite muy breve y sumario para poner en seguridad la persona y bienes del interdicto, autorizando el decreto de interdicción provisional por una simple solicitud, que produce todos sus efectos con su notificación y registro. En el segundo se tramita un juicio de interdicción propiamente dicho con reconocimiento médico y práctica de otras pruebas, y la sentencia con que finalice se consulta con el Tribunal Superior. El Juzgado de Málaga, al decretar la interdicción provisional, procedió en conformidad con la ley que ordena (artículos 822 y 792 del C. J.) al Juez tomar, antes del juicio, las medidas preventivas que autoriza para salvaguardiar rápidamente los intereses de la demandante. En cuanto a la notificación del decreto de interdicción, de las copias de la actuación parece que fue notificado en la forma que establece la ley para esta clase de providencias judiciales, y por lo que hace a la prescripción del artículo 536 del C. C. sobre inscripción en el Registro y publicidad del decreto de interdicción provisional o definitiva por medio de la imprenta, para promulgar el entredicho, son estos requisitos que no reemplazan ni eliminan la notificación del auto en la forma prescrita en el artículo 307 del C. J. y cuya omisión no afecta o disminuye los efectos legales de la interdicción. Bien o mal decretada, con irregularidades o sin ellas, la verdad es que el decreto de interdicción de Elena García Prada estuvo vigente hasta 1937 en que falleció la interdicta, de modo que es preciso reconocer su calidad de prueba de la demencia que la aquejó y consecuencialmente la nulidad del contrato celebrado con posterioridad a él.

Considera la Sala:

No es legalmente exacta la afirmación de que el código establezca y autorice dos procedimientos distintos, uno más breve y sumario que el otro, para obtener la interdicción judicial de un demente. El único juicio conducente al efecto y de oblgiatorio seguimiento es el especial establecido en los artículos 820 a 823 del capítulo IV del título XXI del C. J. que trata de la "Intervención judicial en relación con los incapaces", y que se sigue con audiencia del Agente del Ministerio Público, ora como demandante, ora como demandado y oídos también los parientes del demente. Se establece allí que presentada la demanda y surtido el traslado de ella al Ministerio Público, cuando éste no sea el actor, el Juez nombra facultativos de su confianza que reconozcan en su presencia al demente por lo menos tres veces, en distintos días, y para que hagan por sí solos los exámenes y reconocimientos que juzguen necesarios para ilustrarse y quienes deben

rendir su dictamen dentro del plazo prudencial que se les señale. El Juez, además de decretar las pruebas que se le pidan, puede ordenar oficiosamente las que juzgue necesarias y conducentes para proceder con pleno conocimiento de causa. Obtenido el dictamen pericial y expirado el término dado para práctica de pruebas, el Juez decide dentro de los cinco días siguientes en fallo que se consulta con el respectivo Tribunal, quien puede, antes de decidir la consulta, decretar la práctica de las pruebas que estime conducentes.

Lo que pasa es que, mientras se decide la causa, el Juez puede cuando lo considere conveniente, a virtud de los informes verbales de los parientes del demente o de otras personas, decretar la interdicción provisoria, para lo cuál debe tramitarse dentro del juicio una articulación (artículos 535 C. C. y 819 C. J.), y puede también, antes de iniciarse el juicio, o durante él, de una vez o a medida que vayan siendo menester, tomar las providencias preventivas autorizadas por la ley sustantiva en los casos de nulidad del matrimonio y de divorcio (artículos 822 y 792 del C. J.). El fallo sobre interdicción provisional que autoriza el código civil y que se decreta mediante una articulación, es revisable dentro del juicio especial de interdicción si varían las circunstancias que lo motivaron (819 C. J.).

No hay, pues, juicio para obtener que una persona sea declarada en interdicción provisional por demencia, como erradamente se demandó y obtuvo en el caso presente. Tal situación, como de su propia naturaleza y denominación se desprende, es transitoria, interina, lograda en un incidente del juicio especial de interdicción, mientras se decide definitivamente si hay o no lugar a la declaratoria del entredicho demandado, como lo establece inequívocamente el artículo 535 del C. C. Una interdicción provisoria definitiva, como habría que calificar la decretada por el Juzgado de Málaga, es un disparate inaceptable. El decreto provisorio se dicta, como se vio, a base de informaciones simplemente verbales que no tienen siquiera el mérito de prueba testimonial, a título más bien de medida precautelativa, en todo caso, sin comprobación adecuada y legal de la demencia. Es la interdicción definitiva que se decreta en el fallo que finaliza el juicio especial la que reposa y se funda sobre la demostración plena, a base de peritazgos médicos, de la insania mental permanente que aqueja al interdicto. De ahí por qué el decreto de interdicción tiene la capacidad probatoria completa que le atribuye el artículo 553 del C. C., al extremo de consagrar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos ejecutados o celebrados con posterioridad a él aunque se alegue haberse hecho en un intervalo lúcido. Concederle el mismo mérito probatorio al decreto provisorio que no ha alcanzado su confirmación total en el definitivo, equivaldría a decretar una nulidad sin prueba de la incapacidad en que se funda.

"El solo hecho de la demencia basta para que el individuo afectado se considere absolutamente incapaz para contratar, con todas sus consecuencias legales, y no es necesario que se encuentre sometido a interdicción ni recluído en casa de locos, a diferencia de lo que acontece con la incapacidad fundada en prodigalidad, que la ley reduce al pródigo interdicto.

"La declaración de interdicción del demente, sin importancia desde el punto de vista de la incapacidad, sólo la tiene en el campo probatorio porque la ley presume de derecho que todo acto ejecutado por un demente interdicto es nulo absolutamente, en tanto que si el demente no ha sido declarado en interdicción, como la regla común es la capacidad, quien alegue nulidad por demencia deberá probar que quien ejecutó tal acto estaba entonces demente. "(G. J. tomo LVI p. 84).

Estos mismos principios, fundados en el significado sustancialmente diferente de los decretos provisorio y definitivo de interdicción por demencia, son aplicables también respecto del cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 536 del C. C. para la promulgación del entredicho, y que si bien se exigen allí para ambos, precisa advertir que el decreto de interdicción provisorio está condicionado siempre por la confirmación que alcance en el definitivo, pues si el fallo del juicio deniega la interdicción la que provisionalmente se haya decretado en un incidente de él, carece de todo valor y efecto. Aunque la doctrina y la jurisprudencia tienen aceptado que la omisión de los requisitos de publicidad del artículo 536 citado no afectan ni detienen las consecuencias jurídicas de la incapacidad, porque en el dilema de no perjudicar a los terceros que no hayan sido advertidos de la interdicción o dar al incapaz debida protección, se ha preferido este último extremo como necesidad superior. es desde luego en referencia a los casos en que la publicidad omitida sea de una interdicción definitiva decretada en la sentencia proferida con observancia de las formas propias

del juicio en el que se supone fue la demencia objeto de completa demostración probatoria. En ningún caso reza esta solución jurisprudencial con un decreto simplemente provisorio como el de que aquí se trata, sin base probatoria aceptable de la incapacidad, proferido en un procedimiento no ceñido a la ley y no confirmado por el definitivo que legalmente ha debido sobrevenirle. Una interdicción así tan precariamente obtenida debe considerarse inoponible a los terceros que la ignoraron y que de buena fe contrataron con el interdicto.

"Esta incapacidad —ha dicho esta Sala refiriéndose a la originada en demencia—, que esteriliza jurídicamente a quienes la sufren hasta el extremo de no producir siquiera obligaciones naturales, es la llamada por los autores incapacidad natural, porque proviene de causas físicas que desquician el consentimiento o impiden expresar la voluntad, y que la ley se limita a reconocer en sus ordenamientos. Es la falta de este elemento esencial de la voluntad lo que da base jurídica a la incapacidad de contratar, y bien se ve, por la naturaleza de sus causas, que ella existe y opera por sí sola, esterilizando la fuente, sin que nada tenga que ver al efecto el conocimiento que de ella tenga la persona que contrata con el absolutamente incapaz". (G. J. tomo LVI, p. 84).

Las consideraciones que se llevan expuestas dan fundamento para concluir que en ninguna ilegalidad incurrió el Tribunal al denegar la declaración de nulidad de la compraventa contenida en la escritura pública Nº 601 del 5 de octubre de 1934, de la Notaría 1ª de El Cocuy, por haberse celebrado con posterioridad al decreto de interdicción provisional de que se ha hecho mérito, que fue la base que se dio a la demanda, y el campo de estudio, por consiguiente, en que se situó el sentenciador para decidir la litis. Este planteamiento que se dio a la cuestión litigiosa explica y justifica que la sentencia recurrida redujera a ese aspecto su motivación.

La demanda de casación, sin embargo, colocándose fuera del planteamiento de la controversia y suscitando cuestiones ajenas a las que motivaron los estudios de instancia, en un capítulo final ataca la sentencia, no ya por haber negado la nulidad del contrato posterior a la interdicción, sino por no haberla declarado estando probado que Elena García Prada estaba demente cuando vendió a los demandados el terreno de Los Jobitos, y dice que se violaron las disposiciones sustantivas que se citaron al principio, como consecuencia del "error de hecho cometido en la apreciación de las declaraciones plurales que acreditaron la demencia antes y después del contrato escriturario; en la apreciación del certificado de la Superiora de El Campito, del decreto de interdicción provisional y de la partida de defunción en que consta que Elena García murió de congestión cerebral y a la edad de 26 años".

Desde luego, no habiendo el Tribunal analizado este aspecto probatorio de la nulidad, no planteada en la litis, el cargo por mala apreciación no tiene sentido. La demanda de nulidad se colocó dentro del inciso primero del artículo 553 del C. C. que consagra la presunción de nulidad; este cargo la sitúa a la luz del inciso segundo de esa disposición que establece, por el contrario, la presunción de que son válidos los actos o contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente. Tratando de los actos jurídicos de los dementes ha dicho reiteradamente esta Corte que cuando una persona no está en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que ha sufrido de una sicosis, sino que es indispensable aducir la doble prueba de que ha sufrido una "perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad", ya que no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil, y que esa perturbación patológica, que impidió el consentimiento, fue concomitante con la celebración del contrato. Y para satisfacer esta obligación probatoria, aceptando que sea procedente el estudio del cargo, aduce el recurrente los testimonios de Ana Julia García de Sierra y Josefina García, quienes se reducen a declarar que en diciembre del año de 1932 vieron en su casa de esta ciudad a Elena García Prada en estado de enajenación mental; un certificado de la Superiora del Campito de San José sobre que la citada García Prada fue llevada allí, —entre paréntesis enajenación mental,— por Carlos García en el año de 1928 y que salió en el de 1929; las declaraciones de Pedro Tomás Carvajal, Ernesto García, Eulogia Ortiz y Mercedes García referentes a que en el año de 1932, por enfermedad mental de Elena García, fue necesario que su hermano Manuel solicitara su interdicción ante el Juzgado de Málaga, y la partida de defunción.

Basta la enunciación de este acervo de pruebas, sin alusión a las que en autos obran sobre la sa-

lud mental de Elena García, para ver claramente su insuficiencia para acreditar, con la certidumbre perfecta que se requiere, que la citada García Prada sufría el 5 de octubre de 1934 de un desarreglo de sus facultades psíquicas de tal gravedad, que le impidió prestar su consentimiento en forma jurídicamente válida en el contrato de venta que celebró ese día ante el Notario 1º del Circuito de El Cocuy. La mejor razón para no dar acogida a este cargo por error de hecho, que implica una evidencia contraria, es la calificación que de indicios de la demencia da el propio recurrente a las precitadas pruebas que considera erróneamente apreciadas.

Por lo expuesto, la Corte en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 29 de septiembre de 1944, 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.

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Hernán Salamanca.—José Antonio Montalvo.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en ppdad..

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

En el recurso de casación no basta razonar como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un tribunal, atacadas en forma tal que le permitan a la Corte abocar un estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnen, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de las jurisprudencia nacional, fin principal del recurso de que se trata.

Para que merezca atención una demanda de casación se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio señalando los motivos materia de impugnación y el concepto en que se funda esa impugnación, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley, por otro que no se haya expuesto. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del C. J., la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo sean denominando la clase de error en que haya incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este segundo caso a través de qué razonamiento y con relación a cuál de los elementos procesales se cometiera. La Sala está recordando constantemente a los litigantes el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre por violación de ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haber incurrido el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De ahí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal, "cuando esta violación es indirecta como resultado de error de derecho en la apreciación o aplicación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Arturo Tapias Pilonieta)

La sentencia de fecha 25 de agosto del año próximo pasado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, decidió en segunda instancia el juicio ordinario promovido por los señores Jorge C. Martínez y Emilio Salas Salazar contra Isaac Pulido y Evaristo Herrera de la Torre, para que se les condene solidariamente a pagar una indemnización de perjuicios por daños materiales y morales que de los demandados recibieron como consecuencia del denuncio que éstos formularon ante los jueces del crimen por varios delitos que les imputaron expresamente a aquéllos, de los que fueron declarados libres en auto de sobreseimiento definitivo del juzgado tercero superior de Bogotá, confirmado por el Tribunal.

El juez absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, condenando a los demandantes al pago de costas, y el Tribunal en el fallo mencionado confirmó esta resolución, "en lo referente al señor Isaac Pulido y a la condena de costas a cargo de los demandantes; y en cuanto al señor Evaristo Herrera de la Torre, no es el caso de hacer ninguna declaración por habese desistido de la acción contra él incoada. Las costas de la segunda instancia quedan a cargo de los apelantes".

Oportunamente se interpuso por los demandantes el recurso de casación, y ello hizo venir el proceso a la Corte, en donde está para dictar la respectiva sentencia.

El Tribunal luego de relatar suscintamente los antecedentes que dieron origen a la presente acción, tomándolos de las providencias con que terminó el sumario que en el juzgado 3º superior hicieron adelantar los señores Isaac Pulido y Evaristo Herrera contra Salas Salazar y Jorge Martínez, llega a la conclusión de que los denunciantes no incurrieron en ninguna culpa. Sobre este tópico el meollo de la sentencia radica en los siguientes conceptos:

"Si el denunciante relata los hechos, y éstos realmente se sucedieron, no puede afirmarse que incurrió en ligerezas, pues a él no le corresponde resolver si ha incurrido en delito el denunciado. Habría ligereza si los hechos denunciados no se hubieran verificado y sólo por una mala información fueron puestos en conocimiento de la justicia".

"En el caso de autos dieron el denuncio criminal los demandados, y los jueces penales adelantaron la correspondiente investigación; por consiguiente, hubo asidero para adelantarla. Después de profundos estudios que obran en autos llegaron a la conclusión de que no habían cometido delito los demandantes Sres. Martínez y Salas Salazar. Por tanto, no hubo ligereza al dar el denuncio ni temeridad: no la primera porque los hechos relatados sí se sucedieron; no temeridad porque el denunciante Isaac se consideró lesionado en sus intereses al vender por $ 12.000 acciones que luego sus compradores vendieron en $ 15.000, y consideró que el haber ocultado el nombre del verdadero comprador era un delito ya que por otra parte Herrera había dicho al señor Pulido que los señores Martínez y Salas Salazar eran simples mandantarios suyos para el negocio".

La demanda de casación

Esta demanda es un escrito más propio de instancia, debido a que se resiente de la falta completa de técnica y de las fórmulas esenciales al planteamiento de las causales en el ejercicio del recurso de casación. En este recurso no basta razonar como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal, atacadas en forma tal que le permitan a la Corte avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnen, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, finalidad principal del recurso de que se trata.

Dentro de la causal primera de casación el recurrente dice que acusa el fallo por infracción de la ley sustantiva. Hace una crítica de la sentencia, refiriéndose especialmente a la parte que antes se transcribió, con el intento de rectificar la interpretación que el Tribunal le da a los fallos dictados en el proceso penal. Si se leen tales fallos, arguye, se nota a simple vista que el sobreseimiento obedeció a que los hechos y cargos criminosos imputados en el denuncio fueron falsos. El sobreseimiento no obedeció a simples argumentos de derecho sino a la comprobación de esa falsedad. La imputación por parte de los denunciantes de las supuestas faltas fue directa, de modo que no se trató de una denuncia en averiguación del responsable por hechos verídicos, que aquellos hubieran creído equivocadamente delictuosos. Por esta razón el recurrente encuentra fuera de lugar la cita que hace el Tribunal de alguna doctrina de la Corte. En cambio, cita otras doctrinas de la misma Corte, por encontrar que ellas sí tienen aplicación al caso debatido. Anota que de la observación de éste se concluye que el señor Pulido fue hasta la temeridad, pues se constituyó en acusador particular y falseando los hechos les imputó a los denunciados la realización de actos criminosos. Todas sus alegaciones por último las remata con la acusación de que se violaron por parte del Tribunal los artículos 2341 y 2356 del código civil "por cuanto desconoció la existencia de la culpa que hemos demostrado con fallos ejecutoriados y documentos auténticos que obran en autos".

Como se ve, el escrito que fielmente se ha resumido no da asidero para estudiar ningún cargo contra la sentencia, dentro de la causal primera. El memorialista razonando libremente hace la crítica de la sentencia contraponiéndole los motivos que en su opinión han debido inspirarla, deducidos de la lectura de las pruebas, rechaza por impertinentes al caso la aplicación de determinadas teorías jurisprudenciales, e invoca en cambio la aplicación de otras más oportunas, concluyendo con la afirmación de que el Tribunal violó las mencionadas disposiciones del código civil.

Pero eso solo no es suficiente. Para que la demanda de casación merezca atención se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio señalando los motivos materia de impugnación y el concepto en que esa impugnación se funda, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley, por otro que no se haya expuesto. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520, la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo sean denominando la clase de error en que hubiere incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este segundo caso a través de qué razonamiento y con relación a cuál de los elementos procesales se cometiera.

Esta Sala constantemente está recordando a los litigantes el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma" es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haber incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De ahí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal, "cuando esta violación es indirecta como resultado de error de derecho en la apreciación o aplicación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente", según casaciones de 18 de febrero de 1922, publicada en la Gaceta Judicial, tomo XXIX, página 104, y 4 de septiembre de 1933, publicada en la Gaceta Judicial, tomo XLI página 536, entre otras.

En consecuencia, en presencia del escrito de casación falto de ineludibles requisitos formales y sustanciales de forzoso cumplimiento en demanda de esa clase, cabe rechazar el cargo de violación de la ley, pues no basta, según práctica de esta superioridad, alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas sin especificar cuáles, pues como la casación no es una tercera instancia, no puede la Sala renovar el estudio de todo el proceso para resolver sobre su mérito probatorio en general.

Costas

En último lugar el recurrente acusa la sentencia por violación de los numerales 1º y 2º del artículo 575 del código judiciál, por la condenación a costas procesales en contra del demandante, que formula la sentencia.

Dice que no desconoce el criterio que sigue la Corte para juzgar que mediante un ataque a lo accesorio del fallo, como es la condena en costas, no se puede atacar el fondo. Pero dicho criterio no es rígido pues recientemente la misma Corte en sentencia de 30 de agosto de 1944 recaída en el juicio ordinario de Alberto Gattas contra The London & Provincial Marine & General Insurance Company casó una sentencia por indebida condenación en costas.

Se considera:

En los anteriores párrafos se sugiere que la Sala ha cambiado su jurisprudencia de que la apreciación soberana que el Tribunal hace de la temeridad de una acción para abstenerse o condenar en las costas del juicio, por sí mismo no da margen al recurso de casación. Pero si el recurrente lee con atención la doctrina sentada en la sentencia que él cita, publicada en el tomo LVII, página 561 de la Gaceta Judicial, verá que allí dejando intacta la referida jurisprudencia, únicamente se admitió que podía prosperar el cargo respecto a costas, basado en violación de la ley sustantiva, cuando quiera que no se trate de corregir la opinión del juzgador sobre el punto preciso de la temeridad, sino "de algo tan distinto como es la indagación de si hay o no hay efectivamente el objeto sobre el cual ha recaído° la condena". Sobre esta base y con el apoyo del artículo 210 del código judicial, disposición sustantiva, citada entonces por el recurrente, la Sala halló que el Tribunal violó esa disposición por indebida aplicación, y casó lo atinente a la condenación en costas formulada por el Tribunal.

Aquí el caso es distinto. Si se diese entrada al cargo, sería para reemplazar la opinión del Tribunal respecto a la temeridad de la acción, por la opinión contraria de la Corte sobre el mismo punto, y ello vulnera la soberanía que los tri-

bunales poseen conforme a la ley, para apreciar en conciencia la temeridad con que un juicio se haya propuesto ante la justicia.

Se rechaza el cargo.

Sentencia

Por lo expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia administrando ésta en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia del Tribunal superior de Bogotá, materia del presente recurso.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la **Gaceta Judicial.**

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA.—CONTRADEMANDA SOBRE DEVOLUCION DEL PRECIO DE LA FINCA VENDIDA POR AQUELLA. —INTERPRETACION DE LA DEMANDA.—FIRMAS DE LOS TESTIGOS EN LAS ESCRITURAS PUBLICAS.—PRESTACIONES MUTUAS.

1. — En uniforme y reiterada jurisprudencia ha sostenido la Corte que los Tribunales son soberanos en la interpretación de la demanda y que esa interpretación, de consiguiente, hay que respetarla mientras no se alegue y demuestre que el sentenciador al hacerla incurrió en error, pero no en un error cualquiera, sino en uno que aparezca de modo manifiesto.

2. — La presunción de autenticidad de las firmas de los otorgantes de una escritura pública, de los Notarios y de los testigos no es dable desvirtuarla sino con pruebas suficientes y plenas que la contrarresten.

3. — Conforme a la modificación que el artículo 333 de la ley 57 de 1887 introdujo al 2595 del Código Civil continúa subsistiendo la exigencia de la firma, entera o no, de los testigos instrumentales, como una formalidad sustancial para la validez del respectivo instrumento. Y como al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1857 del Código Civil la formalidad de la escritura pública, en tratándose de venta de bienes raíces, es requerida en atención a la naturaleza del contrato, ello quiere decir que aquella nulidad tiene, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1741, ibidem, la calidad de absoluta, como así lo dedujo atinadamente el Tribunal.

4. — Si la declaración de nulidad, conforme al artículo 1746 del Código Civil, tiene la consecuencia de que las partes sean restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, es claro que para que tenga operancia y efecto esa consecuencia, en tratándose de un contrato de compraventa de bienes raíces, es preciso decretar que al vendedor se le restituya el inmueble vendido y al comprador el precio que pagó por él, pues sólo disponiéndolo así quedan las partes en el mismo estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. Además, tales restituciones constituyen las prestaciones mutuas que con arreglo al artículo 1746 se deben las partes una vez declarada la nulidad del contrato, y como tales son objeto ipso facto del juicio, que no necesitan ser demandadas expresamente. Esa ha sido la jurisprudencia reiterada y constante de la Corte al respecto.

5. — Como hubiese pedido el contrademandante que se declarase en su favor el derecho de retención del inmueble cuya reivindicación se demandaba mientras se le pagaba el precio que pagó por él, el Tribunal sentenciador, con aplicación del inciso 2º del artículo 2417 del Código Civil consideró que el derecho de retención está consagrado en la ley de manera excepcional y que no estando el caso a que se refiere la súplica cuarta de la demanda entre los que las leyes designan, la aspiración del recurrente no podía prosperar. Aceptando que el recurrente haya querido referirse al artículo 2417, a la Corte le resulta jurídica la tesis sostenida por el sentenciador, pues aun cuando es evidente que esa disposición forma parte del Título XXXVI del Código Civil que regula el contrato de prenda no es menos cierto que el segundo inciso de dicho texto legal tiene tal extensión y amplitud que puede considerarse como un principio general de derecho de aplicación rigurosa en todos los casos, excepto en aquellos que estén expresamente previstos en la ley. Si ello es así, es decir, si no se puede retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos expresamente designados en las leyes, las prestaciones señaladas por el recurrente no están comprendidas en el artículo 970 del Código Civil, ni con fundamento en este artículo reconocérselas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

El señor Salvador Franco O., hablando por medio de apoderado propuso ante el señor Juez 5º Civil del Circuito de esta ciudad juicio ordinario en con-

tra de la seoñrita Josefina Pinilla, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

"I — Que la escritura número mil ochocientos cuarenta y seis (1846) de fecha tres (3) de julio de mil novecientos cuarenta, otorgada ante el señor Notario 4º de Bogotá, es nula, de nulidad absoluta y por lo tanto carece de toda validez, lo mismo que el contrato por ella celebrado por no reunir las solemnidades requeridas por la Ley.

"II — Que siendo nulo este acto, — la venta sobre la finca raíz a que se refiere, — esta finca nunca salió del dominio de la presunta vendedora para pasar a manos de la demandada.

"III — Que en caso de que hubiera salido, por medio de su sentencia lo readquiere el sucesor de la vendedora, señor Salvador Franco O., heredero de la finca materia del litigio, según decreto del señor Juez 2º del Circuito en lo Civil de Chiquinquirá, quien ordenó darle posesión efectiva de la herencia,

"IV — Solicito que se libre oficio al señor Registrador de Instrumentos públicos y privados en que se ordene la cancelación de la inscripción hecha de la escritura número 1846 de 3 de julio de 1940 otorgada ante el señor Notario 4º de Bogotá, por ser nula.

"V — Que si la demandada se opone debe pagar los perjuicios debidos a mi cliente por su acto nulo, los cuales estimo hasta ahora en la suma de dos mil pesos que se establecerán en forma legal.

"VI — Que se condene a la demandada al pago de los costos y costas de la presente acción".

Sirvieron de fundamento a esa demanda los siguientes hechos:

"I — Por medio de testamento, la señora Benilda Díaz v. de Pinzón declaró heredero universal a mi poderdante y tal carácter le fue reconocido por el señor Juez 2º del Circuito en lo Civil de Chiquinquirá.

"II — Entre los bienes testados se encontraba la casa números 46-86 y 46-90 de la carrera 13 y 46-81 de la carrera que le sirve de lindero oriental, y cuyos linderos generales son los mismos que aparecen en la escritura cuya nulidad absoluta pido, a saber: Por el Norte con casa y solar que fue de Avelino Gamboa ,en línea recta que parte desde la carrera 13 hacia el oriente hasta la carrera 12 (hoy 9ª) Por el oriente en una extensión aproximada de doce metros sesenta centímetros, con la urbanización de Marly, de por medio la carrera 12 hoy 9ª Por el Sur, con casa y solar que fue de Mario Klopatopfsky, luégo de Vicente Fernández, en línea recta a partir de la carrera 12 hoy 9ª hacia el occidente hasta salir a la carrera 13 y por el Occidente la carrera 13, en una extensión aproximada de doce metros con setenta y cinco centímetros.

"III — La señorita Josefina Pinilla en acción judicial exhibió un certificado en que consta la venta anterior hecha a su favor por la señora Benilda Díaz v. de Pinzón sobre el mencionado inmueble en escritura número 1846 de 1940 de la Notaría 4ª de Bogotá.

"IV — Según me informa el poderdante, la firma de la señora Benilda no parece ser la usada por dicha señora en sus actos públicos y privados.

"V — Los nombres de los testigos instrumentales en tal escritura parece que se pusieron con posterioridad, intercalados, con tinta diferente y uno de los testigos manifestó en diligencia de inspección ocular, firmada por el Notario, que él no había firmado por no haber presenciado el otorgamiento del instrumento.

"VI — La demandada ha obrado tratando de hacerse pasar por dueña y de desalojar al propietario hasta el punto de iniciar lanzamiento contra un inquilino de Franco, con lo cual éste ha sufrido mengua en su crédito y perjuicio en sus intereses y se ha visto obligado a hacer grandes erogaciones".

Admitida esa demanda y decretado el traslado correspondiente, la demandada lo evacuó aceptando como cierto el hecho tercero de la demanda; negando todos los demás y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas. Al mismo tiempo la señorita Pinilla propuso juicio de reconvención en contra del mencionado señor Franco, con el objeto de obtener que en contra de éste se pronunciaran las declaraciones que siguen:

"Primera. Que para el improbable y remoto caso de que se decrete la nulidad del contrato de compraventa de que habla la DEMANDA PRINCIPAL, y del instrumento público que la contiene, SE CONDENE al señor Salvador Franco O., a pagarle a mi mandante, seis días después de ejecutoriada la sentencia respectiva, la suma de OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 8.000.00), suma que ella pagó como precio de la casa a su vendedora la señora Benilda Díaz de Pinzón, como aparece en el instrumento público número 1846 de fecha 3 de julio de 1940, pasada ante el señor Notario cuarto de esta ciudad de Bogotá, y debidamente registrada.

"Segunda. Que igualmente se le condene a pagarle a mi mandante los perjuicios que le ocasiona con la iniciación de un litigio a todas luces ajeno a la moral, y a los intereses de mi mandante, quien compró de buena fe, la casa que es materia de la demanda principal, perjuicios que serán avaluados por los peritos en debida forma.

"**Tercera.** Que se le condene a pagarle igualmente las costas de esta demanda, lo mismo que las que pueda ocasionar su demanda, porque salta a la vista la temeridad con que procede.

"**Cuarta.** Que se declare que mientras mi mandante no reciba los ocho mil pesos, y los perjuicios que se concreten en números, lo mismo que las costas que ocasionen estos dos juicios, no está obligada a entregar la casa de que se trata; o en otros términos: Que se decrete el DERECHO DE RETENCION DE LA CASA a favor de mi mandante, mientras el señor Franco O., no satisfaga las prestaciones que debe satisfacerle a mi mandante.

"**Quinta.** Que igualmente se decrete que mientras esas prestaciones no sean cumplidas por el señor Franco O., no se cancelará la inscripción de la demanda principal, ni se ordenará la cancelación del registro de la escritura mencionada en el punto **primero** de la parte petitoria de esta demanda".

La contrademandada negó tanto los hechos como el derecho en que se fundamenta la contrademanda y surtido de allí en adelante el doble juicio bajo una misma cuerda el señor Juez de primera instancia lo decidió en sentencia de diez de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, por medio de la cual absolvió a la demandada señorita Josefina Pinilla de todos los cargos de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

Por recurso interpuesto por el apoderado de la actora subió el juicio al Tribunal Superior de Bogotá, en donde después de habérsele imprimido la tramitación que le es propia, fué decidido en providencia de veinte de abril del año próximo pasado, mediante la cual revocó la sentencia apelada y en su lugar resolvió:

"Primero. Declárase que la escritura número mil ochocientos cuarenta y seis (1846) de fecha tres (3) de julio de mil novecientos cuarenta, otorgada ante el Notario Cuarto de Bogotá, es nula de nulidad absoluta y por lo tanto carece de toda validez, lo mismo que el contrato de compraventa en ella contenido referente a la casa números 46-86 y 46-90 de la carrera 13 y cuyos linderos son los siguientes: por el Norte, con casa y solar que fue de Avelino Gamboa, en línea recta que parte desde la carrera trece hacia el Oriente, hasta la carrera doce (12); por el Oriente, en una extensión aproximada de doce metros sesenta centímetros, con la urbanización de Marly, de por medio la carrera doce (12); por el Sur, con casa y solar que fue del señor Mario Clopatofsky hoy de Vicente Fernández, en línea recta a partir de la carrera doce (12) hacia el Occidente, hasta salir a la carrera trece (13); por el Occidente, con la carrera trece (13) en una extensión aproximada de doce metros setenta y cinco centímetros, y celebrado entre Benilda Díaz v. de Pinzón y Josefina Pinilla.

"Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior y por ser dueña la sucesión de la señora Benilda Díaz v. de Pinzón, la demandada debe restituír a la citada sucesión, la casa indicada en el numeral anterior, junto con los intereses y frutos que hubiere producido; además, la demandada será responsable de lo que se hubiere perdido de la casa y de los deterioros.

"Tercero. La sucesión de la señora Benilda Díaz v. de Pinzón deberá restituír la suma de ocho mil pesos recibida por la señora Benilda Díaz v. de Pinzón como precio y los intereses legales de esta suma a partir del tres de julio de 1940 hasta el día del pago, además deberá abonar las mejoras necesarias y las útiles que la demandada haya hecho. En cuanto a las mejoras útiles podrá la señorita Pinilla llevárselas, siempre que pueda separarlas sin detrimento de la casa y que la sucesión rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados.

"Cuarto. No es el caso de acceder a las súplicas cuarta y quinta de la demanda de reconvención.

"Quinto. No es el caso de hacer ninguna condena de perjuicios ni en la demanda principal ni en la de reconvención.

"Sexto. Ejecutoriada esta sentencia comuníquese al Registrador la cancelación del registro de la demanda y la cancelación del registro de la escritura número 1846 de tres de julio de 1940 que contiene el contrato de compraventa verificado entre Benilda Díaz v. de Pinzón y Josefina Pinilla de la casa que se indica en la demanda.

"Séptimo. No es el caso de hacer ninguna otra declaración.

"Octavo. No hay costas".

Para proferir la precedente decisión consideró el sentenciador que el actor no precisó con suficiente claridad si actuaba en nombre propio pidiendo para sí o en calidad de heredero de la señora Díaz v. de Pinzón demandando para la sucesión de ésta, y por ese motivo creyó del caso interpretar la demanda. Tomando principalmente como asidero la segunda de las súplicas de ésta llegó a concluír que el actor obra en calidad de heredero y no simplemente en su propio nombre y que estando debidamente comprobado en autos aquella calidad le asistía interés jurídico para ejercitar la acción por él incoada. Después, principiando por advertir que "la firma de la señora Benilda Díaz v. de Pinzón puesta en la escritura 1846 no aparece tachada de falsa en la demanda" y que al tenor del artículo 632 del Código

Judicial "se presume la autenticidad ab-initio", de aquella firma, estimó sin embargo que, a la luz de las pruebas que en la sentencia analiza, tampoco estaba desvirtuado el hecho de que dicha señora hubiere firmado el citado instrumento. Entrando a considerar la petición primera de la acción principal conceptuó que tanto de la inspección ocular practicada el 25 de marzo de 1942 por el Juez de primera instancia sobre el original de la escritura 1846 de 3 de julio de 1940, como de los testimonios rendidos en el proceso por los testigos instrumentales señores Marco L. Moreno O. y Hernando Arenas G. se encontraba demostrado que sólo este último firmó el original de la referida escritura, y de ese hecho y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1758, 2595 del Código Civil y 333 de la Ley 57 de 1887, dedujo la siguiente conclusión:

"Se ha incurrido por la omisión de un requisito o formalidad en la nulidad absoluta de que trata el artículo 1741 del Código Civil y por consiguiente debe prosperar esta súplica. Como se trata de un contrato solemne; como sin solemnidad especial a que está sometido no puede perfeccionarse, siendo la solemnidad la escritura pública, anulada la escritura hace que quede nulo el contrato que debía perfeccionar (artículo 1760 del C. C.)"

De lo anterior y con base en lo estatuído en el artículo 1746, ibidem, dedujo el sentenciador que "aun cuando no se hubiere pedido en la demanda de reconvención debe restituírse por el vendedor al comprador, el precio que pagó así como éste a aquél debe restituír la cosa vendida" y que "la acción de reivindicación como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta debe prosperar, o sea la súplica segunda de la demanda porque están demostrados sus elementos".

En cuanto a la demanda de reconvención estimó el sentenciador que debía decretarse con fundamento en las razones que arriba se citaron la restitución del precio pagado por la señorita Josefina Pinilla por concepto de compra del inmueble. Y por lo que rsepecta al derecho de retención del mismo invocado por la contrademandante consideró el sentenciador que tal derecho sólo se otorga en los casos en que las leyes expresamente lo designan y que entre éstos no está aquél en que se declara la nulidad y como consecuencia de ésta la restitución.

En contra de esa sentencia recurrieron en casación ambas partes y hoy se procede a decidir los recursos interpuestos por ellas, ya que ha llegado la oportunidad de hacerlo.

Recurso de casación interpuesto por el señor Salvador Franco O.

Este recurrente acusa la sentencia diciendo invocar las causales de casación establecidas en los ordinales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial y sus acusaciones se procede a examinarlas en el orden en que las propone, pero advirtiendo anticipadamente que en la demanda no se formula reparo alguno con asidero en la causal segunda, pues todos los que plantean se basan en la primera.

En el primer cargo calificado por el recurrente como "error de hecho en la interpretación de la demanda" sostiene que el Tribunal entendió que demandaba para la sucesión de la señora Díaz v. de Pinzón, cuando en verdad las súplicas se imploran para él en su "calidad de heredero" de la citada señora y no para la sucesión pues afirma que "dicha entidad desapareció por virtud del decreto efectivo de la herencia dictado" en su favor y que esa mala interpretación de la demanda llevó al Tribunal a violar el artículo 757 del Código Civil, en cuanto desconoce la situación creada legalmente con motivo de la inscripción en el registro público de ese decreto.

Se considera:

En uniforme y reiterada jurisprudencia ha sostenido la Corte que los Tribunales son soberanos en la interpretación de la demanda y que esa interpretación de consiguiente hay que respetarla mientras no se alegue y demuestre que el sentenciador al hacerla incurrió en error; pero no en un error cualquiera sino en uno que aparezca de modo manifiesto. Siguiendo esa tesis se observa en primer lugar que el recurrente acusa de error en la interpretación que el Tribunal hizo de la demanda; pero ni alega que ese error sea manifiesto ni en los pasajes pertinentes al punto de la acusación que se considera se demuestra tampoco la existencia de un error de esa calidad.

De otro lado, a la Sala no le resulta manifiestamente equivocada dicha interpretación, pues es verdad que el actor omitió decir con claridad si pedía en su propio nombre o si lo hacía para la sucesión de la señora Díaz v. de Pinzón, y además porque, como lo observa en su sentencia el Tribunal, de la súplica segunda de la demanda se desprende que el actor solicita una declaración en beneficio de la sucesión, cuando pide que se declare que la finca a que se refiere la litis "nunca salió del dominio de la presunta vendedora para pasar a manos de la demandada" y ante esta circunstancia cierta y en presencia de la imprecisión general de la demanda, bien pudo el Tribunal entender que el actor obraba en nombre de la sucesión precitada y si en ello incurrió en error, por las razones ya dichas, se comprende que éste no puede tener en ningún caso la calidad de manifiesto, pues él requiere como condi-

ción ineludible que la cuestión de hecho sobre que recae no sea dudosa, sino por el contrario de inconfundible claridad y nitidez.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

En el último capítulo de su demanda de casación formula el recurrente dos cargos contra la sentencia, consistentes en atribuírle al Tribunal error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que lo llevaron a violar el texto del artículo 2586 del Código Civil, los cuales por estar estrechamente vinculados entre sí se consideran conjuntamente.

Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas cuando dejó de estimar en todo su contenido el dicho de los testigos Hernando Arenas G. y Marco L. Moreno, pues tomó en cuenta solamente lo que el uno como el otro afirman sobre que el testigo Marco L. Moreno no firmó la escritura número 1846 de 3 de julio de 1940, dejando de estimarlos en cuanto ellos declaran que no presenciaron el acto mismo del otorgamiento. El error de derecho lo hace consistir el recurrente en que el sentenciador señaló al dicho de los mismos testigos un alcance distinto al que en verdad entrañan sus afirmaciones cuando apenas encontró acreditado el hecho de que el testigo Moreno no firmó el supradicho instrumento, cuando en verdad de lo aseverado por esos testigos se prueba otra cosa como es la de que son falsas todas y cada una de las afirmaciones contenidas en las cláusulas del mismo instrumento y que el acto no se efectuó, agregando que por efectos de una y otra apreciación el Tribunal condenó a la parte demandante a restituír al demandado la suma de ocho mil pesos, "que en el instrumento falso se hace aparecer como el precio que la Pinilla hubiere pagado a doña Benilda, cosa ésta inexacta a todas luces".

Se considera:

La acusación precedente está enderezada a lograr que se declare que es falsa la escritura pública 1846; que el contrato de que dan cuenta sus términos no se efectuó; para que como consecuencia de ello no se imponga al demandante la obligación de restituír el precio de la venta que como efecto natural de la nulidad por omisión de formalidades sustanciales decretó el sentenciador en favor del demandado; pero el cargo tal como ha sido formulado es manifiestamente improcedente por las siguientes razones:

Primera: Porque el Tribunal entendió que "la firma de la señora Benilda Díaz v. de Pinzón puesta en la escritura 1846, no aparece tachada de falsa en la demanda, pues únicamente allí se dice que no parece ser la de dicha señora", y en presencia de esta interpretación dada a la demanda sobre que no está controvertida en el juicio la autenticidad o falsedad de aquella firma, para poder considerar la acusación del recurrente que se estudia habría sido preciso que éste atacara eficazmente tal interpretación, pues manteniéndose como lo está en pie no es posible que la Corte entre a considerar la cuestión que plantea el recurrente;

Segunda: Porque aun dando por demostrados y aceptados los errores que el recurrente le imputa al sentenciador con motivo de la apreciación de la prueba testimonial a que se refiere, de ello no se desprende que la sentencia hubiera quebrantado directa o indirectamente el artículo 2586 del Código Civil, pues el Tribunal no ha sostenido ni dispuesto en su sentencia cosa alguna que esté en contraposición directa o indirecta con el texto de dicha disposición y antes por el contrario la ha acatado implícitamente cuando ha sostenido que la falta de la firma y de la consiguiente presencia de uno de los testigos instrumentales hace nulo el instrumento y el acto o contrato qué el mismo estaba destinado a contener. De haber existido tales errores otra muy distinta de la señalada habría sido la disposición que hubiera resultado quebrantada por virtud de ellos.

Tercera: Porque de un lado está la presunción de autenticidad de que legalmente gozan las firmas de la vendedora, del Notario y del testigo Arenas, puestas al pie del instrumento, presunción esa que no es dable desvirtuar sino con pruebas suficientes y plenas que la contrarresten, y porque de otro, de las declaraciones de los testigos instrumentales no puede deducirse la conclusión propugnada por el recurrente, ya que ellos no están acordes en sus aseveraciones, pues mientras el declarante Arenas apenas dice que le es imposible recordar con precisión si en presencia de él se celebró u otorgó el contrato que reza la escritura pública 1846, el testigo Marco L. Moreno afirma que no concurrió al otorgamiento y que no conoce personalmente a las contratantes.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Recurso de casación interpuesto por la señorita Josefina Pinilla, por medio de apoderado.

Con fundamento en las causales primera y segunda de casación formula la recurrente cuatro cargos en contra de la sentencia los que se procede a examinar en el orden en que han sido propuestos.

Primer cargo: Dice la recurrente que el fallo acusado violó directamente los artículos 1741, 1758, 1760 y 2595 del Código Civil al declarar la nulidad del instrumento público que contiene el contrato de com-

praventa antes mencionado, violación que consistió en haber aplicado al caso del litigio los mandatos contenidos en dichos artículos sin tener por qué aplicarlos. Para fundamentarlo transcribe la recurrente algunos considerandos de la providencia dictada por el señor Juez de primera instancia en la cual dicho funcionario sostiene que la falta de la firma de uno de los testigos instrumentales no invalida el instrumento ya que lo que a su juicio determina la invalidez es la no concurrencia de aquellos al acto del otorgamiento.

Se considera:

Previo estudio de las pruebas aportadas al debate estimó el Tribunal como un hecho plenamente demostrado que sólo uno de los testigos instrumentales firmó el original de la escritura pública 1846, de 3 de julio de 1940, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de esta ciudad, por medio de la cual la señora Díaz v. de Pinzón aparece vendiendo a la señorita Josefina Pinilla el inmueble determinado por sus linderos en ese instrumento. Sobre esa base no controvertida por la recurrente, y que por otra parte encuentra pleno fundamento en la inspección ocular de 25 de marzo de 1942 practicada por el señor Juez de primera instancia y en la declaración juramentada rendida en la segunda por el testigo Marco L. Moreno, llegó el Tribunal a la conclusión combatida por la recurrente de que se había omitido una formalidad o requisito esencial exigido por la ley para la validez de dicho acto, lo cual determinaba la nulidad absoluta de éste y del contrato que estaba destinado a contener.

Para esta Sala la anterior conclusión del sentenciador se ajusta estrictamente a lo prescrito por la ley. En efecto, el artículo 2595 del Código Civil establece que son formalidades sustanciales en las escrituras públicas, cuya falta invalida el instrumento, entre otras las de que en él figuren las firmas enteras de los testigos instrumentales y del Notario. El artículo 333 de la Ley 57 de 1887, que reformó el anterior, dispone que no se anularán los instrumentos públicos por la omisión de las formalidades en aquel texto previstas, cuando sean conocidos el Notario ante quien se otorgaron, las personas que intervinieron como otorgantes, aceptantes, testigos, y sean suyas las firmas aunque no sean enteras. De tal suerte que conforme a la modiifcación que este último texto legal introduce al artículo 2595 continúa subsistiendo la exigencia de la firma, entera o nó, de los testigos instrumentales, como una formalidad sustancial para la validez del respectivo instrumento. De ello se desprende con toda nitidez que por razón de la omisión apuntada arriba es nula la escritura pública 1846 ya citada y como al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1857 del Código Civil la formalidad de la escritura pública en tratándose de venta de bienes raíces es requerida en atención a la naturaleza del contrato, ello quiere decir que aquella nulidad tiene, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1741, ibidem, la calidad de absoluta, como así lo dedujo atinadamente el Tribunal.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Segundo cargo: Sostiene el recurrente que "la sentencia acusada interpretó erróneamente la demanda, y debido a esa interpretación concedió más de lo que se pide, esto es, que falló extra o ultra petita, con lo cual infringió los preceptos legales" que cita en el capítulo IV de su demanda de casación; pero como prácticamente este capítulo contiene dos acusaciones expuestas en forma independiente por la recurrente, la Corte las enuncia y examina siguiendo el método empleado por aquél, en la forma siguiente:

a) — Después de transcribir las peticiones segunda y tercera de la demanda principal dice el recurrente que para formar una idea completa y cabal de la demanda y de sus pedimentos basta fijar de modo preciso la atención en éstos y que al hacerlo así se llega a la conclusión de que no rezan con la tenencia ni con la cosa materia del litigio, pues hablan únicamente del dominio del inmueble y nada más, es decir, que el demandante se concretó a pedir la declaratoria del dominio de dicho inmueble y que en parte alguna habla de reivindicación del mismo; que el actor no podía pedir la entrega material, porque según su propia confesión, contenida en el hecho cuarto de la demanda, estaba en posesión del inmueble cuando demandó la nulidad de la escritura y de modo que siendo esa confesión propia del actor el Tribunal "al no tenerla en cuenta, es decir, que se estimara como prueba, violó de modo indirecto el inciso citado del artículo del Código Judicial (el 2º del 607) que invoco, disposición que es de carácter sustantivo porque le da valor a una confesión hecha por el apoderado del actor".

Se considera:

El cargo planteado en los términos cuya síntesis acaba de hacerse es ineficaz por los siguientes motivos:

1º — Porque la única disposición que cita el recurrente como violada por razón de la interpretación de la demanda es el inciso 2º del artículo 607 del Código Judicial, disposición ésta que no ha podido ser quebrantada como fruto del apuntado error, porque de que el sentenciador haya entendido que en la demanda se pidió la reivindicación de la finca y que ésta debía decretarse como consecuencia de la

nulidad declarada, no se desprende en forma alguna la violación de ese texto legal que le asigna el valor de confesión a las afirmaciones hechas por el apoderado judicial de una parte en los escritos de demanda y excepciones y las respuestas correlativas;

2º — Porque el hecho sexto de la demanda no contiene una confesión inequívoca sobre que el demandante Franco estuviera en posesión del inmueble, desde luego que ni allí se expresa ni en el juicio se demostró cuál hubiera sido el resultado de la demanda de lanzamiento propuesta por la señorita Pinilla, y en cambio el contrademandante sí ha confesado expresa e inequívocamente en el hecho cuarto de su demanda de reconvención que está en posesión del inmueble y hasta pidió en la súplica cuarta del libelo que se declarara que "no está obligado a entregar la casa" mientras no reciba el precio que pagó por ella. En tales circunstancias no existiendo de parte del demandante Franco la confesión a que alude el recurrente no ha podido darse, por falta de apreciación de la misma, la violación del citado texto legal; y

3º — Porque el Tribunal no sólo decretó la restitución del inmueble porque entendió que la súplica segunda de la demanda entrañaba la acción reivindicatoria, sino también porque estimó que la entrega debía disponerse como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de que adolecía la escritura pública 1846 y aun sin necesidad de que así se hubiere pedido expresamente, y esta última conclusión la encuentra la Corte ajustada a derecho por las razones que se dirán más adelante.

No procede, pues, la acusación que se ha considerado.

b) — Dice el recurrente que el Tribunal al decretar, como lo hizo, la reivindicación, cuando ella no estaba demandada ni expresa ni tácitamente "falló extra o ultra petita, toda vez que concedió lo que no se le ha pedido". En desarrollo de este cargo se ocupa el recurrente en sostener que ni de las súplicas segunda y tercera de la demanda, ni de los fundamentos de hecho en que ella se apoya, se puede deducir que el demandante Franco haya solicitado la entrega del inmueble y que no siendo la reivindicación una consecuencia de la nulidad absoluta que pueda deducirse en el mismo fallo que declara la nulidad del contrato, si no se ha pedido de modo expreso, al decretarla se violó el artículo 1746 del Código Civil y los mandatos legales de esta obra sobre la acción reivindicatoria, de donde deduce que la parte del fallo que decreta la restitución no puede subsistir y debe ser infirmada.

Se considera:

Es de observarse, en primer lugar, que la acusación precedente tal como ha sido planteada no se ajusta a la técnica de la casación, pues no dice el recurrente en qué causal la ubica y bien puede entenderse que invoca la segunda cuando dice que el Tribunal falló sobre algo que no se le había pedido, o la primera cuando sostiene que al decretarse la restitución del inmueble se violaron de manera abierta el texto del artículo 1746 del Código Civil y las disposiciones legales sobre reivindicación; pero sea que la demanda de casación se tome en uno u otro sentido, las razones que van a exponerse son pertinentes en ambos casos.

Como ya se dijo, el Tribunal sostuvo en su sentencia que la restitución del inmueble a que se refiere el juicio debería ordenarse aunque no se hubiere pedido, como una consecuencia de la nulidad absoluta observada, y en efecto así lo dispuso en los puntos primero y segundo de la parte resolutiva de la sentencia.

Y esa apreciación y conclusión a que llegó el sentenciador encuentra su pleno respaldo en lo dispuesto en el artículo 1746, que estatuye que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes el derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, pues si la declaratoria de nulidad tiene como consecuencia, como lo prescribe el texto legal en cita, que las partes sean restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, es claro que para que tenga operancia y efecto esa consecuencia en tratándose de un contrato de compra-venta de bienes raíces, es preciso decretar que al vendedor se le restituya el inmueble vendido y al comprador el precio que pagó por ella, pues sólo disponiéndolo así quedan las partes en el mismo estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato. Además tales restituciones constituyen las primordiales prestaciones mutuas que con arreglo al artículo 1746 se deben las partes una vez declarada la nulidad del contrato, y como tales son objeto ipso facto del juicio, que no necesitan ser demandadas expresamente.

Y esa ha sido la jurisprudencia reiterada y constante de la Corte al respecto. Así, en sentencia de casación de 28 de junio de 1919, esta entidad dijo:

"Declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituídas de jure al estado anterior, y por tanto la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Estas prestaciones proceden en razón de la sentencia, y no es

posible obligar al demandado a anticiparse al fallo para solicitar lo que sólo puede debérsele como consecuencia de la pérdida del pleito y como prestación a que sólo en ese caso está obligada la contraparte". (J. de la C. S., Tomo III, número 2674).

En sentencia de primero de diciembre de 1923, expresó la Corte:

"La declaratoria de nulidad de un contrato por el cual el Gobierno permitió al concesionario de un ferrocarril construírlo por una vía pública, implica como consecuencia la entrega a la Nación de la expresada vía dentro del plazo que fije la sentencia". (Ibidem, número 3129, página 718).

En igual sentido puede verse la jurisprudencia sentada por esta Sala en sentencia de casación de 20 de abril de 1938, que corre publicada en el Tomo 46 de la Gaceta Judicial, página 300.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Tercer cargo: Dice en síntesis el recurrente en esta acusación que el Tribunal sostiene que el actor obra no en nombre propio sino en el de la sucesión de Benilda Díaz v. de Pinzón; que esa afirmación cae por su base, porque el actor acompañó al libelo de demanda copia de la hijuela en que consta que se le adjudicaran los bienes de la sucesión y que por lo mismo ésta desapareció jurídicamente hablando; que por ello el demandante carece de personería sustantiva y que como no demandó sino a nombre propio y el Tribunal sostiene que la posesión efectiva de la herencia no constituye título de propiedad sin la consiguiente partición, síguese de ahí que la acción quedó sin asidero legal y no puede prosperar; que habiendo demostrado en el cargo anterior que no se pidió la reivindicación para que se dé aplicación al artículo 1746, es menester que el actor inicie una acción separada, la que en su concepto, no podrá proponer.

Se considera:

Fuera de que la ambigüedad con que está planteado el cargo anterior no permite descifrar el pensamiento del recurrente, es de observarse, además, que por ninguna parte cita aquél las disposiciones legales sustantivas que hubieren resultado quebrantadas en razón de la acusación que formula y esa omisión determina la ineficacia del cargo, según así lo ha resuelto la Sala en reiterada y constante jurisprudencia. Además, en lo que pueda entenderse de la misma alegación que va enderezado en contra de la interpretación que de la demanda hizo el sentenciador y del decreto sobre restitución del inmueble como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato de compraventa, ya tales puntos quedaron debidamente estudiados en este fallo y las razones que entonces se expusieron se dan por reproducidas aquí para refutar los posibles conceptos del recurrente sobre el particular.

Se rechaza, pues, el cargo.

Cuarto cargo: Sostiene el recurrente que el Tribunal al haber negado el derecho de retención invocado por él mientras el demandante no le hiciera el pago de la suma que le entregó por concepto del precio del inmueble, violó expresa y directamente el artículo 2416 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del litigio, ya que tal texto forma parte del Título de la indicada obra que trata del contrato de prenda; que por lo tanto sus disposiciones no se pueden aplicar en ningún caso al presente juicio; que los artículos 970 y 1747, ibidem, consagran en su favor de un modo claro el derecho de retención y que el Tribunal al dejar de aplicarlos, incurrió en el quebrantamiento de ellos.

Se considera:

Por medio de la súplica cuarta de la demanda el contrademandante solicitó que se declarase en su favor el derecho de retención del inmueble tantas veces aludido mientras no reciba el monto del precio que pagó por él y el valor de los perjuicios que el demandante Franco le ha ocasionado por la iniciación de su litigio, así como el de las costas de la demanda, y el Tribunal con aplicación del inciso 2º del artículo 2417 del Código Civil consideró que el derecho de retención está consagrado en la ley de manera excepcional y que no estando el caso a que se refiere la súplica cuarta de la demanda entre los que las leyes designan, la aspiración del recurrente no podía prosperar.

De ello se desprende en primer lugar que es notorio que el sentenciador no ha dado aplicación al artículo 2416 citado por el recurrente como quebrantado por aplicación indebida, pues la conclusión preanotada la derivó del precepto contenido en el artículo 2417. Luego por este aspecto es ineficaz el cargo; pero aún aceptando que el recurrente haya querido referirse a la disposición últimamente mencionada, a la Corte le resulta jurídica la tesis sostenida por el sentenciador, pues aun cuando es evidente que esa disposición forma parte del Título XXXVI del Código Civil que regula el contrato de prenda, no es menos cierto que el segundo inciso de dicho texto legal tiene tal extensión y amplitud que puede considerarse como un principio general de derecho de aplicación rigurosa en todos los casos, excepto en aquellos que estén expresamente previstos en la ley. Si ello es así, es decir, si no se puede retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos expresamente designados en las leyes, precisa examinar si el que confronta este pleito está previsto

en el artículo 970 del Código Civil, como lo sostiene el recurrente.

Ese texto legal expresamente prescribe que cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción. De tal suerte que el derecho de retención consagrado en esa disposición se otorga exclusivamente para asegurar el pago del saldo de gastos hechos por el poseedor vencido en concepto "de expensas y mejoras", las cuales no son otras que aquellas de que hablan los artículos 965, 966 y 967 del Código Civil, entre las cuales no están comprendidas las prestaciones que el contrademandante señala en las peticiones segunda, tercera y cuarta de la demanda de reconvención, y por ello se deduce que no es dable con fundamento en el artículo 970 reconocerle al recurrente el derecho de retención que invoca.

Por otra parte es suficiente una simple lectura del artículo 1747 del Código Civil, que el recurrente cita como quebrantado, para comprender que es una disposición inaplicable al caso de autos, pues no se refiere ni por alusión al derecho de retención y regula una cuestión totalmente diferente de la controvertida en este pleito.

De otro lado ya estos mismos puntos quedaron ampliamente esclarecidos por la Corte en sentencia de casación de 26 de mayo de 1936, que corre publicada en las páginas 51 a 57 de la Gaceta Judicial, números 1914 y 1915, en la que después de enunciarse el alcance que en la jurisprudencia francesa se le da al derecho de retención y de estudiarse el que conforme al artículo 2417 del Código Civil colombiano tiene ese mismo derecho, dijo la Corte:

"Como quiera que el artículo 2417 de nuestro Código Civil se halla colocado en el título relativo al contrato de prenda, pudiera pensarse en interpretar su segundo inciso en el sentido de que la cosa del deudor no se pueda retener como prenda, sin su consentimiento, es decir, que la retención no se limite a una simple seguridad de la deuda, pero que no pueda el acreedor hacer con ella todo aquello que sí puede hacer con las cosas que tiene en prenda por razón de contrato, tal, por ejemplo, hacerla vender en pública subasta (artículo 2422 del C. C.), y objeto de exclusión y de preferencia a su favor en caso de concurso. Pero esta interpretación del artículo 2417, equitativa y deseable, no es posible porque a ella se opone terminantemente la clara historia legislativa del artículo en cuestión. En efecto ese fue primitivamente el espíritu con que los redactores de nuestro Código concibieron el artículo; pero la proposición no fue acogida, sino que, al contrario, fue desechada y en cambio se redactó y aprobó en definitiva el texto opuesto que hoy rige.

"En el proyecto del Código Civil chileno ese precepto correspondía al artículo 2559, que decía así: "Se podrá retener una cosa del deudor como prenda, aun contra su voluntad, si la deuda fuere cierta y líquida, salvo en los casos especialmente exceptuados". La comisión sustituyó esa fórmula por la que en sentido contrario fue adoptada y que es exactamente el artículo 2417 del Código Civil colombiano, idéntico al 2392 del civil chileno y que vino a ser el 2495 del Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca. En vista de estos antecedentes y de la realidad del precepto positivo, concluye la Corte que entre nosotros el derecho de retención no existe como principio general o institucional sino como casos de excepción cuando la ley expresamente lo consagra".

Las anteriores y las demás razones que en ese fallo se expusieron sobre los temas de que trata el presente, se dan por reproducidas aquí en apoyo de lo que se ha decidido antes a propósito del caso planteado por el recurrente, dejando expresa constancia de que éste no ha formulado en casación, y por ello no se ha considerado, el cargo de que el sentenciador hubiere violado por falta de aplicación los artículos 970 y 1746 del Código Civil al no reconocerle oficiosamente derecho de retención por razón de expensas y mejoras hechas en el inmueble de que trata el juicio, pues la acusación que planteó es, como ya se dijo, con base en las prestaciones de que tratan las súplicas segunda, tercera y cuarta de la contrademanda, y no por aquel otro concepto.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha veinte de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el presente juicio.

Sin costas.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PETITORIA DE INVALIDEZ DE UNA SENTENCIA DE FILIACION NATURAL.—CAUSAL SEPTIMA.—AUTOS PARA MEJOR PROVEER

1.—La causal 7ª se funda en una razón de orden público, por equivaler a la denegación de justicia, y sólo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer en un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído por la ley de organización judicial. En semejante ocurrencia, no registrada aún por la Sala de Casación, la prosperidad del recurso impone simplemente la devolución de los autos al Tribunal de origen o a otro que esté próximo a éste, para que determine lo procedente con arreglo a derecho.

2.—La Corte no puede, sino asumiendo el carácter de Tribunal de instancia, después de casar la sentencia recurrida, dictar autos para mejor proveer, y esta facultad no autoriza para suplir la omisión de las pruebas esenciales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre diecisiete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por sentencia fechada el 5 de septiembre de 1938, el Juzgado Primero del Circuito de Cartagena, a pedimento de Antonio José Carrillo H. y con intervención y audiencia del Agente del Ministerio Público, declaró al demandante hijo natural de Enrique Carrillo.

Con exhibición de esta sentencia y apoyado en ella, Antonio José Carrillo demandó y obtuvo la apertura del juicio sucesorio de Camilo Carrillo M. en el citado Juzgado del Circuito, y en él se hizo declarar heredero en su calidad de hijo natural.

Con base en estos antecedentes y considerando Enrique Carrillo M., hermano legítimo del difunto, que "no se ha identificado en modo alguno si Camilo Carrillo y Camilo Carrillo Matos son una sola y misma persona" y que su hermano muerto "casi siempre vivió solo" y jamás le dio noticias y ni siquiera le presentó a Antonio José Carrillo como su hijo y que la sentencia de filiación se obtuvo con la sola intervención del Agente del Ministerio Público, ante el Juzgado 3c Civil del Circuito de Cartagena, en su propio nombre, demandó a éste para que en sentencia definitiva de un juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que soy heredero del finado Enrique Carrillo Matos, hijo de José Carrillo y Lorenza Matos, en mi condición de hermano legítimo;

"b) Que no hay identidad entre Camilo Carrillo, sujeto a que se refiere la sentencia de filiación natural de fecha 5 de septiembre del año en curso (1938), dictada por el Juzgado 1º de este Circuito a favor de Antonio José Carrillo H., y Camilo Carrillo Matos, hijo de José Carrillo y Lorenza Matos;

"c) Que es falsa la condición de hijo natural que se atribuye Antonio Carrillo H.; y en consecuencia, no tiene valor ni efecto alguno contra los legítimos herederos de Camilo Carrillo Matos la sentencia que, como hijo natural de éste, presentó para que se le tenga como heredero del mismo para la apertura del juicio mortuorio, dictada por el señor Juez 1º de este Circuito el 5 de septiembre del año en curso; y

"d) Que tengo derecho a la herencia de Camilo Carrillo Matos con exclusión de Antonio José Carrillo H."

Trabada la litis con la oposición del demandado, sentenció el Juzgado la primera instancia del juicio el 5 de febrero de 1942. Advierte esta sentencia que el actor no acreditó su calidad de hermano del muerto, y dice: "Puede, pues, concluírse que la parte demandante no ha acreditado su personería sustantiva, por lo cual este Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a hacer ni siquiera a estudiar las peticiones de la demanda".

Recurrida en apelación esta sentencia por el actor, fue confirmada por la de 16 de noviembre de 1944, proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Cartagena, al término de la actuación del segundo grado.

En una corta página advierte el Tribunal que la pretensión herencial del actor se hace reposar en el hecho de que el demandado fue falsamente declarado hijo natural del **de cujus,** por lo cual la sentencia declarativa de la filiación carece de todo valor y efecto, y concluye con el siguiente párrafo, que es toda la motivación de la sentencia: "En este particular el Tribunal observa, desgraciadamente, que el actor ni siquiera ha acompañado al proceso copia autenticada de la mentada sentencia, elemento indispensable para poder apreciar si los vicios que se le imputan existieron en verdad. En lo que ocurre cuando se impetra la nulidad de toda relación jurídica, como por ejemplo, un contrato bilateral cualquiera que hubiera sido convenido entre las partes litigantes: si el actor no acompaña la prueba de la existencia de ese contrato no hay base para estudiar su contenido, en todos sus aspectos legales con el fin de buscar y hallar en él los vicios que lo aquejan jurídicamente en su existencia y consecuencias. Por tanto, si no aparece el aludido documento donde el demandado hace descansar su posición jurídica de hijo natural del **de cujus,** que lo hace heredero con mejor derecho que el actor Enrique Carrillo, según conocidos preceptos legales, y esta posición jurídica de hijo natural se le reconoce al demandado, es imposible hacer ninguna de las declaraciones de la parte petitoria de la demanda".

El recurso

El recurso de casación que oportunamente interpuso la parte demandante contra la sentencia definitiva de segunda instancia, y que hoy se decide, se apoya en la primera, la segunda y la séptima de las causales que enumera el artículo 520 del C. J. En orden inverso al en que se proponen, se consideran estas acusaciones.

Causal séptima.—La constituye el hecho de "haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo".

Se dejó visto que en la sentencia definitiva del primer grado se dijo que no se accedía a hacer, ni siquiera a estudiar las peticiones de la demanda, con fundamento en la falta de personería sustantiva del demandante, por no haber probado su hermandad con el muerto, y que el Tribunal confirmó esta decisión por razón distinta, consistente en no haberse traído a los autos la sentencia sobre filiación natural del demandado, en cuya ineficacia, por ser falsa la condición de hijo natural en ella declarada, se apoya la pretensión hereditaria del actor. Como se ve, la decisión, a pesar de la impropiedad de su redacción, resuelve la controversia en forma denegatoria de los pedimentos de la demanda por ausencia de sus pruebas esenciales, pero dentro de su adecuada órbita jurisdiccional.

En estas condiciones, cualquiera que sea el grado de legalidad que corresponda a la solución de la litis, no se puede aducir la causal séptima, que se funda en una razón de orden público por equivaler a la denegación de justicia, y que sólo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer en un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído por la ley de organización judicial. En semejante ocurrencia, no registrada aún por esta Sala de Casación, la prosperidad del recurso impone simplemente la devolución de los autos al Tribunal de origen, o a otro que esté próximo a éste, para que determine lo procedente con arreglo a derecho.

Causal segunda.—Hace consistir el recurrente la pretendida inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte actora, en que, conteniendo la demanda cuatro peticiones "que pueden andar separadamente" y dar base a juicios y actuaciones completamente extraños los unos a los otros, el Tribunal resolvió únicamente acerca de la prueba de la filiación natural de Antonio José Carrillo, dejando de estatuir sobre la calidad de heredero del actor como hermano legítimo del **de cujus** y sobre la falta de identidad entre Enrique Carrillo, padre del demandado, y Enrique Carrillo Matos, por lo cual dejó afectada de incongruencia su decisión.

Se considera

No es posible, sin fragmentar la inteligencia y el objetivo lógico de la demanda, considerada como una unidad armónica en sus pedimentos y sus hechos básicos, desarticular como pretensiones inconexas los diversos numerales que integran su parte petitoria. El Tribunal entendió, como lo ha venido sosteniendo en sus diversas intervenciones el actor y como está expresado sin ambigüedad en el libelo de demanda, que la pretensión de Enrique Carrillo Matos a la herencia

de Camilo Carrillo, con exclusión de Antonio José Carrillo, se funda necesariamente en la declaración de que no tiene valor ni efecto alguno la sentencia declarativa de la filiación natural del demandado, por haber sido obtenida irregularmente y por ser falsa la condición de hijo natural que en ella se le atribuye. Y esto es obvio y trivial, puesto que mientras subsista el imperio de ese fallo de filiación natural, no habiendo dejado el difunto ascendientes ni descendientes legítimos ni cónyuge, la sucesión del hijo natural es excluyente. Se justifica en estas circunstancias plenamente que el Tribunal hubiera enfocado primordialmente la verdadera fuente original del pretendido derecho, y que no encontrando la sentencia cuya validez era necesario analizar como raíz del litigio, adoptara la fórmula denegatoria de la demanda o absolutoria del demandado, en la cual, por consiguiente, están englobados todos los pedimentos y pretensiones del actor, oportunamente deducidos en el juicio.

No hay razón, pues, para imputar incongruencia a una decisión que en realidad recayó sobre la acción deducida en el juicio y que no dejó de resolver, a pesar de lo inadecuado de sus términos, la cuestión esencial que ha sido materia del debate.

Causal primera.—La forma en que se presentan los cargos con apoyo en el motivo de violación de ley sustantiva aconseja su tratamiento considerándolos respecto de cada una de las disposiciones que se citan como infringidas por la sentencia del Tribunal:

a) Violación, por falta de aplicación a la controversia, de los artículos 85 de la ley 153 de 1887, que determina que son llamados a la sucesión de una persona muerta, entre otros, los hermanos legítimos, y el demandante demostró serlo del **de cujus;** y el artículo 1387 del Código Civil, porque siendo procedente la precitada declaración de heredero, debió hacerse al tenor de este precepto que impone decidir previamente todo lo que atañe a derechos a la sucesión.

Se considera

Si fuera jurídicamente posible desconectar las varias peticiones de la demanda —cosa que ya se vio—, podría hasta accederse al deseo del recurrente de ver copiado en la resolución de una sentencia el texto de un artículo del código civil que determina de una manera general quiénes son llamados por la ley a la sucesión intestada, sin que de esto se dedujera nada favorable a sus pretensiones hereditarias en el caso de estudio; pero como lo que el actor pretende es que se le declare heredero con exclusión del demandado, que ya lo fue en su condición de hijo natural y por tanto excluyente sucesoral del actor, nada tiene que ver la citada disposición del código civil sino las pertinentes de la ley 45 de 1936 que determinan los derechos y concurrencia de los hijos naturales en los diversos órdenes de la sucesión intestada. Por lo que hace al segundo de los artículos citados como infringidos, no ve la Sala el modo de su pretendido quebranto, porque además de que en la sentencia recurrida ha sido decidida por la justicia ordinaria una controversia sobre derechos a la sucesión de Camilo Carrillo, nada hay respecto a suspensión de partición, que es a lo que se refiere el aludido precepto.

b) Violación de los artículos 1757, 1758 y 1759 del C. C. en que incurrió el Tribunal por falta de apreciación de la providencia que reconoció carácter de hijo natural a Antonio José Carrillo. "Hubo, pues, error de hecho manifiesto en el Tribunal al considerar no existente ese elemento de las probanzas". Y violó también el artículo 595 del código judicial, porque habiendo sostenido la parte demandante que el demandado no es hijo natural de Camilo Carrillo, el Tribunal relevó al demandado de probar que en realidad sí tiene ese carácter.

Se considera

Después de hacer referencia a algunas alusiones que en el proceso se hacen a la sentencia sobre filiación natural, en cuya ausencia de autos fundó su decisión el sentenciador, escribe el recurrente esta cosa confusa y contradictoria: "Pero produjo el fallo el H. Tribunal y aparece el detalle de que falta la copia de una providencia, falta que queda contradicha con lo que acabo de afirmar. Ese error del H. Tribunal, que pudo subsanarse con un auto para mejor proveer, se eleva a cuestión fundamental para la decisión, incurriendo también, por esa circunstancia, el H. Tribunal Superior en error de derecho. Este es, pues, un caso extraordinario que la H. Corte podría resolver por medio de un auto para mejor proveer..."

La existencia o inexistencia de una determinada pieza en un expediente no es cosa que pueda discutirse. Existe o no. En este caso, después de

hojear cuidadosamente el proceso la Sala no está en capacidad de rectificar la afirmación de la sentencia recurrida. Y si la referida sentencia no hace parte del expediente, tratar de demostrar lo contrario es tener excesiva confianza en el poder de la dialéctica. La Corte no puede, sino asumiendo el carácter de Tribunal de instancia después de casar la sentencia recurrida, dictar autos para mejor proveer, y esta facultad no autoriza para suplir la omisión de las pruebas esenciales. Y por lo que hace al pretendido quebranto del artículo precitado del código judicial, apenas hay que recordar que la sentencia del Tribunal, en materia de derecho probatorio, no hace más que ajustarse al principio fundamental de que es al actor a quien corresponde probar los hechos en que basa el derecho demandado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 16 de noviembre de 1944, que ha sido materia de este recurso.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Hernán Salamanca.—José Antonio Montalvo.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

CONDICIONES POTESTATIVAS.—DOCTRINA FRANCESA Y CHILENA SOBRE EL PUNTO.

El tenor exacto del artículo 1535 del Código Civil sanciona con la nulidad las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga; pero si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá. Desde la doctrina francesa, pasando por la chilena, se ha explicado el principio anterior así: Hay dos clases de condiciones potestativas: la SIMPLEMENTE POTESTATIVA, que supone de parte del interesado, no sólo una manifestación de voluntad, sino la realización de un hecho exterior, verbi gracia: si os casáis, si vendo mi casa; y la PURAMENTE POTESTATIVA que depende, única y exclusivamente de la voluntad y, por consiguiente, se formula de este modo: SI VOLUERO, si quiero, si lo juzgo a propósito. La condición SIMPLEMENTE POTESTATIVA es válida. La obligación del deudor, si bien depende de un acto de su voluntad se subordina también, en parte, a contingencias de las que no es dueño.

La condición PURAMENTE POTESTATIVA de parte del deudor no anula tampoco la convención cuando es RESOLUTORIA. En este caso el contrato es puro y simple; las obligaciones nacen inmediatamente, pero cada una de las partes se reserva el derecho de terminarlo cuando quiera. La facultad de resolución no impide que el contrato produzca sus efectos inmediatamente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Entre el municipio de Bogotá y León Isaac Talero celebróse el 28 de agosto de 1933, un contrato por el cual Talero se obligó a lo siguiente: a suministrar al municipio todos los datos y documentos necesarios para obtener y hacer efectivo el reconocimiento de los derechos, indemnizaciones y prestaciones a que podía estar obligada la Compañía del Tranvía y Ferrocaril de Oriente, por el uso que, sin consentimiento del municipio de Bogotá, había hecho de parte de la concesión otorgada por el ejecutivo nacional, a nombre del distrito capital de Bogotá a la antigua Compañía del Tranvía Municipal de Bogotá de la cual era cesionario en ese entonces el mismo municipio; y a adelantar como mandatario de éste todas las acciones judiciales conducentes a obtener aquellas finalidades. El municipio por su parte, se obligó a pagar al contratista una participación del cincuenta por ciento sobre el producto líquido que obtuviere por el concepto mencionado y en virtud de las gestiones, informes y documentos que el mismo contratista suministrara; participación que sería liquidada y cubierta una vez que hubieran ingresado al tesoro municipal los respectivos valores. Para el efecto, el municipio se obligó a investir al contratista de la personería necesaria para las acciones que intentara en relación con las prestaciones denunciadas. Cláusula importantísima de este convenio, fue la facultad que el municipio se reservó de "desistir en cualquier momento de la acción o acciones que hubiere emprendido o de las gestiones que hubiere iniciado y seguido en relación con el mismo asunto, cuandoquiera que no sean causadas indemnizaciones o prestaciones a su favor por los hechos que se dejan anotados", caso en el cual cesaría la representación y no habría lugar a reclamo por razón del desistimiento.

En desarrollo de este pacto el personero municipal de Bogotá le confirió poder especial al señor Talero, ante los jueces civiles del circuito de Bogotá, para que representara al municipio en la acción judicial que sea necesario seguir contra la Compañía del Tranvía y, Ferrocarril de Oriente S. A. para hacer efectivos los derechos que el municipio tiene contra dicha empresa.

Con este poder, el mandatario sustituto de Talero promovió demanda judicial contra la Com-

pañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente S. A., en liquidación, representada por su liquidador, señor Frnacisco Olarte Camacho para que se hicieran en favor del municipio de Bogotá varias declaraciones relacionadas con la construcción y explotación del tranvía de oriente por vías públicas del municipio.

El juez cuarto civil del circuito admitió la demanda y ordenó correrla en traslado al representante de la empresa demandada. Dicho representante sin contestar la demanda le denunció el pleito al departamento de Cundinamarca, alegando como fundamento los contratos que la Compañía tenía celebrados con el departamento para la cônstrucción y explotación del tranvía y ferrocarril de oriente y las ordenanzas en que esos contratos fueron aprobados por la respectiva asamblea seccional.

Ante esta denuncia el juez ordenó remitir el expediente al Tribunal Superior de Bogotá "por efectos de competencia". Reclamado este auto con el fin de que en cambio se resolviese que no era del caso admitir la demanda del pleito, el juez abstúvose de revocarlo alegando que "en realidad el auto reclamado no dice si se admite o no la denuncia en referencia, por la sencilla razón de que habiendo surgido una actuación en que tiene interés el Departamento, estima el juzgado que no era competente para resolver sobre la admisión o rechazo de ella, y como sigue con la misma opinión es de concluir que no puede acceder a la reposición para entrar a resolver sobre la denuncia del pleito, porque ello implicaría una usurpación de jurisdicción que acarrearía la correspondiente nulidad".

En este estado el personero municipal de Bogotá, se presentó al juicio manifestando que, "siguiendo instrucciones de la Junta de Hacienda del Municipio, desisto expresa y simplemente del juicio ordinario que en su despacho inició con poder del Municipio de Bogotá el señor León Isaac Talero contra la Compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente S. A. Presento a Ud. copia debidamente autenticada de la Resolución dictada por la H. Junta Municipal de Hacienda con fecha 25 de los corrientes y en que autoriza al Personero para desistir del juicio de que se trata en conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Acuerdo número 1º de 1931".

El juez admitió el desistimiento, y el juicio terminó.

LA ACCION

Con base en los antecedentes relatados, el señor León Isaac Talero promovió juicio ordinario contra el municipio de Bogotá encaminado a que se le condene a pagarle los perjuicios que le ocasionó por haber violado el contrato de 28 de agosto de 1933, mediante el desistimiento del juicio que Talero había instaurado contra la Compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente S. A.

El juez de primera instancia, 2º civil del circuito de Bogotá resolvió la controversia declarando libre al municipio de la condenación que contra él se impetraba. Apelado este fallo el Tribunal de este distrito judicial lo confirmó.

Contra la sentencia del Tribunal el apoderado del actor interpuso oportunamente el recurso de casación. A decidir este recurso procede la Sala, comoquiera que los trámites correspondientes ante la Corte están agotados.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Las cuestiones tratadas por el Tribunal pueden dividirse en dos grupos según la materia sobre que versan.

El primero tiene por objeto considerar la cláusula **cuarta** del contrato. Rechaza el Tribunal la interpretación que le da el actor en el sentido de que el municipio no podía desistir sino cuando **hechos jurídicos suficientes** demostraran que se iban a obtener los resultados previstos, lo cual no podía definirse por la mera voluntad de uno de los contratantes, sino por medio de una decisión judicial que le pusiera fin al litigio, pues la facultad de desistimiento que se acordara expresamente sería nula al tenor del artículo 1535 del código civil. Examina el Tribunal la estipulación a la luz del mencionado artículo, concluyendo que la facultad que se reservó el municipio para desistir de las acciones no equivale a una condición potestativa de su parte, en el sentido de que su cumplimiento quedara enteramente a su arbitrio, debido a que esa facultad surgiría del hecho de que no se causaran las indemnizaciones o prestaciones demandadas, circunstancia que le quita a la condición el carácter de puramente voluntaria, y que le correspondía apreciar al municipio, quien adquiriendo el convencimiento de que la acción no podía prosperar podía desistir del pleito, según la comentada cláusula.

En el segundo grupo de consideraciones el Tribunal estudia los motivos que determinaron al municipio a efectuar el desistimiento. Sobre la base de los contratos que la Compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente celebró con el Departamento de Cundinamarca, aprobados por medio de las ordenanzas 55 de 1916, 66 de 1919 y 24 de 1926, para la construcción de la línea férrea que dio origen al pleito, asegura el sentenciador que esos contratos establecen una concesión a favor de la Compañía con facultad expresa otorgada por el departamento de ocupar las vías públicas desde la intersección de la carrera 13 con la calle 9ª de esta ciudad, hasta el punto de "Yomasa", en jurisdicción municipal de Usme. De acuerdo con tales contratos el departamento se obligó a mantener a la Compañía en el uso y goce de la Empresa durante los cincuenta años de la concesión, terminados los cuales la Empresa pasaría a ser propiedad del departamento. Entonces forzosamente hay que concluir —sostiene el Tribunal— que la Compañía tenía pleno derecho para denunciar el pleito al departamento, a fin de que éste saliera a defender sus derechos y los de la Empresa, ya que su simple condición de tenedora de las zonas a que se refería la acción de dominio incoada por el municipio no le permitía abrogarse facultades propias del poseedor. En estas condiciones los motivos que tuvo en cuenta el municipio para desistir del pleito son fundados y se hallan además justificados por los hechos en que la Compañía se apoyó para denunciarle el pleito al departamento. A lo que se agrega que la reclamación de los bienes considerados como ocultos no podía prosperar contra una entidad de derecho público, según lo estatuye el artículo 2º de la ley 27 de 1935, y que en relación con el municipio existía ya la prohibición de estimar como bienes ocultos los derechos que existan a su favor y a cargo de entidades públicas, a términos del artículo 18 del acuerdo municipal número 1º de 1931.

EL RECURSO DE CASACION

Resumiendo las ideas del recurrente expuestas en la demanda de casación, se tiene que éste, dentro de la causal primera del artículo 520 del código judicial, ataca el fallo del Tribunal por error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas "y de modo particular del documento que contiene el contrato celebrado entre el municipio y mi mandante", con lo que incidió igualmente en error de derecho, que lo llevó a quebrantar los artículos 1.602 1.603, 1.612, 1.615, 1.618 y 1619 del código civil, disposiciones que son las que concretamente señala como infringidas en el capítulo último de "Resumen de Cargos".

Se sustenta el cargo diciendo que la cláusula **cuarta** del contrato fue condicional, y que no puede interpretarse en el sentido en que lo hace el municipio y lo prohija el Tribunal fallador, de que el municipio podía desistir cuando a bien lo tuviera "en cualquier momento", o "cuando quiera que considerare que las indemnizaciones o prestaciones demandadas no sean causadas a su favor" o que él mismo "estimare improcedentes o inconvenientes", porque si así fuera no se trataría de desistimiento condicional sino de uno puro y simple, en desacuerdo con el texto literal del contrato y con el sentido natural y obvio de las palabras que contiene.

El fallo del Tribunal reconoce que la cláusula cuarta contiene una condición suspensiva, pero no potestativa del municipio, pues no dependía de su mera voluntad sino del hecho de que no se causaran las indemnizaciones o prestaciones previstas. Hasta ahí muy bien, expresa el recurrente. Pero de ahí en adelante viene el error del Tribunal. Porque reconociendo como reconoce que la facultad de desistir era condicional, agrega en seguida que el municipio podía desistir a su arbitrio.

La cláusula **cuarta** es una obligación condicional, negativa y suspensiva. Siendo así que había que tener en cuenta el artículo 1.539 del código civil que preceptúa, que se reputa haberse cumplido la condición negativa cuando ha **llegado a ser cierto** que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella. Se hubiera cumplido la condición para desistir, solamente cuando hubiera llegado a ser cierto que no se producían para el municipio las esperadas indemnizaciones. Alega el municipio que por la denuncia del pleito hecha por el apoderado de la Compañía demandada, llegó a ser cierto que no se producirían las indemnizaciones. El Tribunal sostiene lo mismo. Pero cabe preguntar, ¿la sola denuncia de un pleito es capaz de dar la certeza de las afirmaciones que contiene, y era de efecto tan prodigioso que bastaba a enervar las acciones del municipio contra la Compañía?

Para justificar los motivos que determinaron el desistimiento el Tribunal examina los contratos entre la Compañía del Tranvía de Oriente y el departamento de Cundinamarca, con lo cual el

sentenciador se colocó en el lugar que correspondía al fallador del pleito desistido. Hace el recurrente algunas consideraciones sobre la usurpación de jurisdicción que eso entraña, y agrega: Si eran fundados los motivos que, según el Tribunal hacían prosperable la denuncia del pleito, tales motivos podían constituir excepciones perentorias alegables por la Compañía demandada y por el departamento denunciado para quedar libres de la acción, y aún por el municipio, posteriormente, para exonerarse del contrato con Talero, pero de modo alguno podían justificar el prematuro y precipitado desistimiento que de un momento a otro destruyó los derechos del contratista y los del municipio.

El recurrente concreta cuál es en su concepto el alcance de la cláusula **cuarta.** Del pleito de Talero contra la Compañía podía desistir el municipio, según esa cláusula, "cuando hubiera sido fallado por el juzgado, por el Tribunal y aún por la Corte en casación, una vez conocida la sentencia adversa y antes de que se produjera su ejecutoria. Mejor dicho, cuando estuviera lleno de razón sobre la inefectividad de las acciones. La misma sentencia de casación como cualquiera otra providencia judicial, no produce efecto alguno antes de haberse notificado legalmente a las partes (artículo 327 C. J.). Luego sí se puede desistir de un pleito fallado, antes de la ejecutoria de la sentencia definitiva, y este fenómeno en la práctica se ha presentado varias veces. Por otra parte el desistimiento previsto en la cláusula 4ª se refería a todas las acciones y gestiones que pudiera realizar el contratista. Luego terminada sin éxito la acción seguida ante el juzgado 4º, y fallada por sentencia definitiva, entonces sí podía el municipio desistir de todas las demás gestiones y acciones judiciales o extrajudiciales, y de continuar utilizando los servicios del contratista. Esta es la interpretación lógica y racional que pueda darse a la cláusula 4ª..."

Por último, la demanda de casación contiene otro cargo dentro de la causal primera: violación de los artículos 38 y 39 de la ley 153 de 1887 y 52 del código político y municipal, por indebida aplicación al caso del pleito de la ley 27 de 1935, cuya vigencia empezó varios años después de haber celebrado Talero con el municipio el pacto de bienes ocultos; se afirma que el principio de la irretroactividad de la ley fue violado, desde que se aplicó por el Tribunal la ley 27, a un contrato celebrado antes de su vigencia.

MOTIVOS DE LA CORTE

El cargo en casación por error de hecho evidente en la interpretación del contrato origen y causa del presente juicio ordinario, celebrado entre León Isaac Talero y el municipio de Bogotá, replantea ante la Corte todos los aspectos del problema surgido con motivo del desacuerdo entre los contratantes alrededor del significado, alcance y aplicación de la cláusula **cuarta** que vuelve aquí a copiarse: "El municipio podrá desistir en cualquier momento de la acción o acciones que hubiere emprendido o de las gestiones que hubiere iniciado y seguido en relación con el mismo asunto, cuandoquiera que no sean causadas indemnizaciones o prestaciones a su favor por los hechos que se dejan anotados, en cuyo caso cesará por este solo hecho la representación que hubiere conferido el municipio al contratista para gestionar o coadyuvar aquellas acciones o gestiones sin derecho alguno al reclamo por razón del desistimiento".

Querellándose el actor en la demanda de que el municipio demandado violó el contrato en lo atinente a la cláusula transcrita, desistiendo del juicio ordinario que Talero había promovido contra la Compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente, como mandatario del municipio y en ejecución del contrato de bienes ocultos a que pertenecía la cláusula dicha, por la sola ocurrencia de haber denunciado el pleito la Compañía al departamento de Cundinamarca, precisa establecer hasta dónde la naturaleza jurídica de la mencionada cláusula permite interpretarla según hízolo el municipio en su día, retirándole a Talero los poderes cuando estimó, con ocasión de aquella denuncia, que no había fundamento para la continuación de las acciones promovidas.

El demandante a todo lo largo de las instancias sostuvo tesoneramente la imposibilidad jurídica de admitir que la cláusula entrañe, conforme la definió el municipio desde la contestación de la demanda, una reserva de la facultad de **"desistir en cualquier momento de la acción o acciones que hubiere emprendido cuandoquiera que considerare que las indemnizaciones o prestaciones demandadas "no sean causadas a su favor" o lo que es lo mismo que aquél estimare improcedentes".**

En primer lugar, y para efectos ulteriores del razonamiento, corresponde dejar aclarada la siguiente cuestión: ¿podía legalmente reservarse el municipio la facultad de desistir, cuandoquie-

ra que juzgase que el pleito intentado no iba a tener el éxito en un principio previsto, por efecto de un nuevo estudio y consideración del problema, de su parte? El actor absuelve negativamente el interrogante. Fúndase en que en tal caso la estipulación sería nula al tenor del artículo 1.535 del código civil, pues consistiría en una condición potestativa dependiente de la mera voluntad del municipio.

Esa afirmación envuelve un error. Aunque la intención de las partes al formular la cláusula cuarta fuese la que el municipio sostiene, de dejar en cierto modo dependiente de su voluntad la oportunidad de desistir, la estipulación no sería nula por aplicación del artículo 1.535.

El tenor exacto del artículo sanciona con la nulidad las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga; pero si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá.

Desde la doctrina francesa pasando por la chilena se ha explicado el principio anterior así: Hay dos clases de condiciones potestativas: la **simplemente potestativa,** que supone de parte del interesado, no sólo una manifestación de voluntad, sino la realización de un hecho exterior, verbi gracia: si os casáis, si vendo mi casa; y la **puramente potestativa** que depende, única y exclusivamente de la voluntad, y, por consiguiente, se formula de este modo: si **valuero,** si quiero, si lo juzgo a propósito.

La condición **simplemente potestativa** es válida. La obligación del deudor, si bien depende de un acto de su voluntad se subordina también, en parte, a contingencias de las que no es dueño.

La condición **puramente potestativa** de parte del deudor no anula tampoco la convención cuando es **resolutoria.** En este caso el contrato es puro y simple; las obligaciones nacen inmediatamente, pero cada una de las partes se reserva el derecho de terminarlo cuando quiera. La facultad de resolución no impide que el contrato produzca sus efectos inmediatamente.

Alessandri Rodríguez resume así las ideas al respecto: "Las condiciones simplemente potestativas y que consisten en un hecho voluntario del deudor o del acreedor, son válidas; también son válidas las condiciones suspensivas y resolutorias meramente potestativas que dependen de la mera voluntad del acreedor; son válidas además las condiciones resolutorias meramente potestativas que dependen de la mera voluntad del deudor; las únicas condiciones meramente potestativas que no son válidas son las que dependen de la mera voluntad del deudor, siempre que sean suspensivas. O más breve: son válidas todas las condiciones potestativas, sean suspensivas o resolutorias que consistan en un hecho voluntario del deudor o del acreedor o de la mera voluntad del deudor o del acreedor, salvo la condición suspensiva potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga."

De manera que por el aspecto legal no habría inconveniente en atribuírle a la cláusula **cuarta** el alcance propuesto por el municipio; o sea que cuando éste estimase más conveniente a sus intereses desistir de la acción, podía hacerlo, retirándole los poderes al mandatario. Estipulación, por otra parte, acorde con la índole del contrato sobre prestación de servicios profesionales de representación en juicio, en que el mandante como dueño del derecho reclamado es el mejor arbitrio de su propio interés para decidir en un momento dado la conveniencia o inconveniencia de un desistimiento del juicio. Sin que ello implique desequilibrio o desventaja respecto del mandatario, debido a que una estipulación así no excluye su derecho a reclamar la remuneración que le corresponda por los servicios prestados, derecho que, redunda anotarlo, nace desvinculado de todo concepto de violación contractual.

Pero en el caso del contrato de Talero con el municipio, ¿esa fue en realidad la intención de las partes? Para la Sala es una interpretación posible y racional de la cláusula 4ª.

No la que sugiere el recurrente en la demanda de casación, según la cual, después de pronunciados los fallos de instancia y de casación, y antes de que éste, siendo adverso, se ejecutoriase, fue para cuando se reservó la oportunidad de desistir, porque sólo entonces había plena razón para pensar en la inefectividad del pleito.

Aun admitiendo la hipótesis del recurrente, de que sea admisible el desistimiento de la acción después de proferida adversamente la sentencia de casación y antes de que ella se ejecutorie, riñe con la recta razón el que el municipio hubiera contemplado ese evento, pues no es concebible que nadie quiera esperar a perder todas las etapas de un pleito para resolver acerca de su continuación. Lo natural entonces es que el evento del desistimiento se prevea con el fin de dejar libre al madante para resolver en un momento dado la conveniencia de terminar el pleito, obedeciendo a la falta de seguridad en el éxito final.

De consiguiente cuando el municipio de Bogotá en el contrato de representación judicial con Talero se reservó la facultad de **desistir** del pleito que éste se comprometió a gestionar, **cuandoquiera que no sean causadas indemnizaciones o prestaciones a su favor,** la reserva no puede interpretarse sino de dos maneras: o que el municipio pudiese desistir cuandoquiera que en el curso del pleito llegara al convencimiento de que la acción carecía de fundamento para concebir la esperanza de un resultado útil y provechoso; o que el desistimiento podía producirse antes de que viniera un fallo judicial que le diera razón al denunciante. En el primer supuesto el contrato estaba sometido a una condición resolutoria meramente potestativa dependiente de la voluntad del municipio, estipulación plenamente válida, según se ha visto, y además acorde con la índole del contrato de prestación de servicios profesionales de abogado en un proceso judicial, en que es natural y explicable que el mandante se reserve el derecho de libre determinación de abandonar el pleito en el momento en que lo juzgue más conveniente a sus intereses, una vez iniciado. En el segundo supuesto la reserva equivalía a una condición negativa, esto es que el municipio no podía desistir, al sobrevenir un fallo de la justicia que le diera razón en todo o en parte a la demanda, verbi gracia, la sentencia de primera instancia, aun cuando la de segunda fuera adversa, entendiendo así los contratantes que bastaba un primer fallo favorable, para eliminar la reserva del desistimiento, pues con que en alguna de las instancias prosperase la acción, había razón para esperar que el pleito culminara reconociéndola.

En cualquiera de los supuestos contemplados el municipio obró en consecuencia, dentro de los poderes que le otorgaba la **cláusula cuarta** del contrato, interpretada ella én los dos únicos sentidos admisibles. Y de esa suerte, desistiendo del pleito promovido en su nombre y con su autorización, cuando lo estimó más conveniente a sus intereses y antes de que alguna resolución judicial justificara la promoción del litigio contra la Compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente, no quebrantó el contrato de prestación de servicios, ni le irrogó ningún perjuicio al mandatario, quien apenas tendría derecho para exigir el pago de los servicios que hubiera prestado, pero no con fundamento en la acción de violación del contrato, que es la acción fallada por el Tribunal en la sentencia recurrida.

Reconocida al municipio la facultad de desistir, según el contrato, tampoco se puede negar que los motivos que a ello lo movieron fueron graves y serios, comoquiera que en definitiva se fundaron en la falta de seguridad acerca del éxito de la acción entablada, en atención a la denuncia del pleito que hizo la Compañía demandada por el municipio al departamento de Cundinamarca.

Aun cuando fue cierto que el juez competente no alcanzó a calificar la legalidad de la denuncia, porque antes sobrevino el desistimiento, tal denuncia estaba en realidad destinada a prosperar. El libelo de demanda formulado a nombre del municipio por Talero contra la Compañía planteó entre sus peticiones la cuestión de dominio y entrega de las zonas de las vías públicas ocupadas por las carrileras y lo referente al derecho con que la empresa había establecido y explotado el negocio. Y según las ordenanzas departamentales 55 de 1916 y 66 de 1919, por medio de las cuales Cundinamarca le dio aprobación a los contratos que la gobernación había celebrado para la construcción de la obra del Tranvía de Oriente, el contratista no era más que un concesionario del departamento por cuya cuenta se hicieron los trabajos, se ocuparon las calles y se tendieron los rieles.

Según el contrato a que se refiere la primera de las ordenanzas aparece, 1º: que el gobierno del departamento otorgó permiso a la Compañía, por el término de cincuenta años, "para ocupar las vías públicas de que trata el artículo primero, y construír por ellas, desde la intersección de la carrera 13 con la calle 9ª hasta Yomasa y Tunjuelo, las líneas del tranvía estipuladas"; 2º: que además el departamento se obligó "a mantener a los contratistas en el derecho de explotación del tranvía y al usufructo de sus productos", durante el término indicado; 3º: que terminados los cincuenta años de la concesión, el tranvía pasaría a ser de propiedad del departamento, sin indemnización alguna para la Compañía constructora.

El sentenciador comenta acertadamente en el fallo:

"Se desprende de lo anteriormente expuesto, que si la Compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente construyó la línea férrea que dio origen al pleito que promovió el señor Talero en virtud de su contrato con el Municipio, lo hizo en virtud del contrato de concesión que le otorgó el Departamento de Cundinamarca, con facultad expresa

para ocupar las vías públicas, desde la intersección de la carrera 13 con la calle 9ª de esta ciudad, hasta el punto de "Yomasa", en jurisdicción municipal de Usme".

"Y como de acuerdo con tales convenciones, el Departamento se obligó a mantener a la Compañía en el uso y goce de la empresa durante los cincuenta años de la concesión, terminados los cuales pasaría en propiedad al Departamento, forzosamente hay que concluír que la Compañía tenía pleno derecho para denunciar el pleito al Departamento, a fin de que éste saliera a defender sus derechos y los de la empresa, ya que su simple condición de tenedora de las zonas a que se refería la acción de dominio incoada por el Municipio, no le permitía abrogarse facultades propias del poseedor, que sólo el Departamento podía tener".

Era evidente, en consecuencia, que después de nuevo análisis de los elementos constitutivos del bien oculto denunciado por Talero, por parte del municipio, y que aquél comprometióse a reivindicar, ante el municipio tenían que surgir graves y fundadas objeciones tendientes a destruír la esperanza en el resultado favorable del pleito contra la Compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente, pues ciertamente los contratos con el departamento, trasladaban sobre éste la responsabilidad de la construcción de la obra, desvaneciéndose la idea de que la Compañía pudiera ser condenada a pagar hipotéticas indemnizaciones, mucho menos a ser condenada como poseedora a devolver las zonas ocupadas por las carrileras, según las peticiones de la demanda elaborada por Talero. En semejante situación el municipio obró razonablemente al desistir del pleito, y se cumplió el evento previsto en la cláusula **cuarta** del contrato de bienes ocultos, de que podía desistir de las acciones que a su nombre se habían promovido, "cuando quiera que no sean causadas indemnizaciones o prestaciones a su favor por los hechos" en que aquellas acciones se apoyaban.

En resumen y como conclusión de lo expuesto, el tribunal antes que incidir en error de hecho y de derecho en la interpretación del contrato base de la controversia, se ajustó a lo convenido entre las partes; por tal razón resulta infundado el cargo de violación de las disposiciones citadas por el recurrente, como los artículos 1602, 1603, 1612, 1615, 1618 y 1619 del Código Civil.

El recurrente también hace hincapié en que se violaron las disposiciones que gobiernan la irretroactividad de la ley, por cuanto el tribunal le dio aplicación indebida al caso del pleito a la ley 27 de 1935.

Mas el artículo primero de esta ley no le sirvió al tribunal como elemento decisivo para la solución del pleito. Apenas lo invocó como argumento colateral. Y ya se ve que no hay tampoco necesidad de acudir al mandato de tal precepto para sustentar la tesis del tribunal.

Por último el recurrente en la demanda de casación invoca la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por Talero. Pero al desarrollar el cargo, en lugar de dar argumentos encaminados a demostrarlo, lo convierte en violación de leyes sustantivas, citando como violados los artículos 1530, 1537, 1539, 1541, 1602, 1603, 1610 ,1612, 1615, y 1622 del Código Civil. Es decir se vuelve a colocar dentro de la causal primera de casación, remitiéndose a las mismas razones que ya fueron ampliamente rebatidas por la Sala.

SENTENCIA

A mérito de los razonamientos expuestos la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve que NO HAY LUGAR A CASAR la sentencia materia del presente recurso.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION

1. — Cercar un predio, sembrar, cosechar, dar pastajes en él, dar porciones del mismo en arrendamiento, etc., son actos cuya ejecución acredita desde luego tenencia y que sólo ejecutados con ánimo de dueño constituyen aquellos. Los documentos de arrendamiento, las declaraciones de testigos sobre siembras, cercas y pastajes comprueban la realidad de tales hechos; pero no ese ánimo en quien los realizó, por más que sea sincera la opinión que al respecto formaran los testigos por la circunstancia de no aparecer ante ellos los dueños. Si esto es así, en tesis general, tanto por lo dicho cuanto porque la prueba testimonial versa y obliga en lo relativo a los hechos mismos, esa situación y apreciación probatoria cobra mayor realce cuando obran pruebas que contradicen el ánimo de señor con que al cabo del tiempo viene a decirse que esos actos se ejecutaron.

2. — El presupuesto procesal de la acción reivindicatoria exige este elemento como indispensable: cosa singular o cuota determinada proindiviso de cosa singular, e identificación de ello con lo poseído por el demandado. (C. C., artículos 946 y 949).

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Elina Lozano demandó a Arnaldo y Arnulfo Ramírez, como dueña de la finca Piedra Volada, ubicada en el corregimiento de Pasquilla, jurisdicción de Bogotá, hoy de Bosa, para que se les condene a entregarle la porción de ese inmueble que ocupan. El 22 de mayo de 1940 contestaron oponiéndose, en lo que hace a esa porción, la que en su respuesta precisan y alindan, singularizándola, y manifestando que la aludida finca total se halla dividida en dos partes, de las cuales una se denomina La Pampa y es la que corresponde a la actora, cuyos derechos reconocen, y la otra conservó el nombre de Guayabal o Piedra Volada y pertenece a los demandados por haberla poseído por más de treinta años continuos, así: personalmente desde el 25 de noviembre de 1930 en que murió el señor Aurelio Ramírez M., su padre, y hasta entonces por más de veinte años, por medio de él, cuya posesión agregan a la suya propia.

Los títulos de propiedad aducidos por la demandante, entre ellos la escritura número 522, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito el 16 de febrero de 1939, por medio de la cual compró esa finca total a quien la había adquirido en remate en el Juzgado 2º Civil de este Circuito el 5 de marzo de 1936, en las diligencias, sobre venta seguidas entre los condueños de la misma finca, adjudicada en común en la mortuoria de Victorino Ramírez, registrada el 10 de junio de 1907, llevaron al Juzgado a decretar la entrega demandada, en su sentencia de 27 de noviembre de 1940.

Apelada por los Ramírez, se surtió la segunda instancia en el Tribunal Superior, quien, estimando carecer de jurisdicción por haberse concedido la apelación equivocadamente al demandante, ordenó devolver el proceso al Juzgado para que esa concesión se hiciese en forma debida. Hecho esto, volvió a surtirse la instancia, la que por entonces terminó con la providencia de 11 de mayo de 1942 que, en el concepto de no haber fallado el Juez sobre todo lo contendido, ordenó remitirle el expediente para que ese vacío se llenase. La actora interpuso casación, que el Tribunal le negó, entendiendo que no se trataba de sentencia definitiva; pero, mediante recurso de hecho, lo concedió la Corte.

Tramitándose aquí ese recurso, acaeció que la parte opositora demoró la devolución del expediente que había recibido en traslado y que, tras del requerimiento y demás trámites del artículo 381 del C. J., en fallo de 29 de mayo de 1943 la Sala declaró ejecutoriada la sentencia de primer grado. Ese auto se reformó por el de 5 de octubre del mismo año, limitando esa declaración a Arnulfo Ramírez, cuyo apoderado era quien había retenido el expediente, y exceptuando de aquélla a Arnaldo Ramírez, que tenía apoderado distinto y no había incurrido en esa culpa. Con Arnaldo, pues, seguiría la actuación, y así lo dijo esa providencia.

Llegada consecuencialmente la oportunidad de decidir el recurso, la Sala, viendo que el Tribunal no

había sentenciado el pleito con su dicho fallo de 1942, ordenó devolverle el proceso para que a ello procediera.

Cumplida esta orden de la Corte de 12 de mayo de 1944, el Tribunal dictó sentencia el 10 de noviembre siguiente, revocando la del Juzgado y absolviendo a Arnaldo Ramírez, en cuyo favor declaró probada la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria. Se limitó a este demandado, porque el otro, Arnulfo, había quedado en la situación antedicha, por virtud de las citadas providencias de 29 de mayo y 5 de octubre de 1943.

La demandante interpuso casación contra este fallo del Tribunal. Concedido, admitido y tramitado el recurso, aquí se decide.

Acusa de violación de disposiciones legales sustantivas, tanto directa como por efecto de errónea apreciación de pruebas, y formula sus cargos, en suma, así: la prescripción surge de la posesión, que es distinta de la mera tenencia, pues requiere que a ésta se agregue o con ella concurra el ánimo de señor o dueño, y los documentos y declaraciones de testigos traídos por los demandados acreditan los actos respectivos; pero no que se ejecutaran con ese ánimo; y por otra parte, Aurelio Ramírez reconoció dominio ajeno, tanto al aceptar el mandato que para administrar la finca total antedicha se le confirió en 1913, como al presentarse como postor cuando ella salió a remate en 1930, y ese reconocimiento es incompatible con ese ánimo. Además, los aludidos actos, en cuanto a los personalmente ejecutados por los demandados, datan, según ellos, del 25 de noviembre de 1930; de suerte que cuando se les notificó la demanda, contestada por ellos en mayo de 1940, ni con mucho había transcurrido el tiempo necesario en ley para prescribir; y la mera tenencia de Aurelio Ramírez, aunque se pudiera tener por posesión, en nada les aprovecharía, porque no han comprobado vínculo alguno entre él y ellos que en ley autorizara a tenerlos como sus sucesores para apropiarse la posesión de su antecesor.

Sobre el pie que dan los razonamientos así condensados, el recurrente, que los expone con detenimiento, señala como quebrantados los artículos 762, 775, 777, 778, 2531 y 2532, por una parte, 346 y 347, por otra, y 1757 y 1759 por otra, todos del Código Civil, porque se tuvo a los demandados por hijos de Aurelio Ramírez, prescindiendo de las actas de estado civil correspondientes, que no obran en autos; porque se tuvo a Aurelio por poseedor, a pesar de que reconoció dominio ajeno, dejando de lado con toda su fuerza probatoria los referidos instrumentos públicos sobre mandato y remate; porque en virtud de esta prescindencia y de reputar los documentos y declaraciones de testigos sobre actos de administración como comprobantes de posesión, siendo sólo de mera tenencia, confundió estos dos fenómenos jurídicos y, sobre la base equivocada de haber habido posesión y de que los demandados podían apropiarse la de Aurelio, se declaró una prescripción adquisitiva extraordinaria que no se ha producido.

Se considera:

Efectivamente, no obran en el proceso las actas de estado civil que acrediten que los demandados son hijos de Aurelio Ramírez, ni prueba supletoria al respecto, ni declaratoria de herederos; en una palabra, nada que establezca que por la muerte de él son sus sucesores. Y del propio modo falta el comprobante de que por acto entre vivos lo sean, en virtud de haberles transferido él la aludida finca o tales o cuales derechos suyos en ella. De donde se deduce que legalmente no puede entenderse que él fuera su antecesor y que, siendo ellos sus sucesores, quedaran capacitados por el artículo 778 para apropiarse lo que llaman posesión de él y agregarla a la de ellos.

Por escritura número 981, otorgada ante el Notario 5º de Bogotá el 17 de noviembre de 1913, los condueños de lo que se había separado en la mortuoria de Victorino Ramírez para el pago de deudas, lo partieron materialmente en forma consistente, por lo que atañe a este pleito, en dejar en común para el pago de las deudas aún no cubiertas el lote de Piedra Volada, y acordaron que se rematara o vendiera para acabar tal pago. En la cláusula octava de esa escritura confirieron su mandato a Aurelio Ramírez para ese fin y también para administrar entre tanto ese lote. La cláusula termina con estas palabras: "quedando obligado el apoderado para con sus clientes a rendirles cuentas pormenorizadas de su manejo con exactitud". Se cierra ese instrumento con la comparecencia de Ramírez a declarar que acepta "el poder que se le confiere". (Cuaderno 5º, folio 23 vuelto).

Se siguieron en el Juzgado 2º Civil de este Circuito las diligencias conducentes a tal remate, y en la licitación de 26 de septiembre de 1930, fue postor Aurelio Ramírez (folio 13, ibidem). Para mayor claridad del relato, se advierte que este remate se improbó y que fue más tarde (mayo 5 de 1936) cuando tuvo lugar el remate definitivo que, aprobado y registrado, es el aludido ya aquí como título de adquisición de quien vendió esa finca en 1939 a la actual demandante.

Como se ve, Aurelio Ramírez, tanto al hacer postura en aquella licitación como al recibir la finca como mandatario en las fechas y forma expresadas, reconoció dominio ajeno, lo que pone a sus actos y

gestiones comprobados en el presente juicio el sello de mera tenencia ante el artículo 775 del C. C.

Cercar un predio, sembrar, cosechar, dar pastajes en él, dar porciones del mismo en arrendamiento, etc, son actos cuya ejecución acredita desde luego tenencia y que sólo ejecutados con ánimo de dueño constituyen posesión. Los documentos de arrendamiento, las declaraciones de testigos sobre siembras, cercas y pastajes comprueban la realidad de tales hechos; pero no ese ánimo en quien los realizó, por más que sea sincera la opinión que al respecto formaran los testigos por la circunstancia de no aparecer ante ellos los dueños.

Si esto es así, en tesis general, tanto por lo dicho cuanto porque la prueba testimonial versa y obliga en lo relativo a los hechos mismos, esa situación y apreciación probatoria cobran mayor realce cuando obran pruebas que contradicen el ánimo de señor con que al cabo del tiempo viene a decirse que esos actos se ejecutaron.

Sobre la trajinada y consabida diferencia entre mera tenencia y posesión, huelgan las disertaciones y aun la cita de los innúmeros fallos judiciales al respecto. Con todo, es de citarse, por lo reciente y por cierta analogía con el presente caso, la sentencia de esta Sala de 1º de abril de 1944 (G. J., Tomo VII, páginas 141 a 144), en que ésta acogió y reforzó los conceptos que habían sido la base de la sentencia recurrida, que por lo mismo no casó.

Allí se lee: "Dando absoluta credibilidad a estos testimonios, admite el Tribunal que evidentemente el demandante González laboró en los lotes por el tiempo indicado por los deponentes, que hizo allí siembras diferentes, que recolectó luégo sus productos, que impuso cercas y desagües, etc., etc., y que en esos oficios nadie vino a interrumpirle, y también quiere admitir el Tribunal que tal vez los deponentes dieron razón de su credibilidad, no de su dicho, cuando afirmaron que por haber vivido en el municipio de Bosa les constaba toda la actividad del demandante en relación con los lotes memorados. Pero no admite el Tribunal qué porque los testigos conceptúen que tales actos los ejecutó González como dueño de los lotes y sin reconocer dominio ajeno, esté probada esa situación. Y no lo admite porque otra es la situación que ofrece el expediente.

"Efectivamente, en el año de 1918, cuando Eulogio vendió los lotes antes indicados e hizo reserva del usufructo, ya para entonces tenía la administración de los bienes de aquel señor el presunto prescribiente de hoy; por tanto, si los deponentes vieron a éste ejercitando determinados actos sobre los lotes, lo vieron ejecutándolos pero en su condición de administrador, porque en esa condición estaba allí, su presencia en esos predios obedecía a un vínculo de administración concertada con su dueño. Por tanto los deponentes se equivocaron al presumir que González ejecutaba los actos que le veían desarrollar, en su condición de dueño;....."

En el alegato de oposición en el presente recurso se arguye que por la falta de demostración de la identidad del Aurelio Ramírez que aparece como mandatario en la escritura citada de 1913, y el Aurelio Ramírez de que hablan los documentos de arrendamiento y a que se refieren los testigos al declarar sobre lo aludido acerca de siembras, pastajes, etc., y el Aurelio Ramírez que hizo postura en el remate de 1930, no se puede razonar como lo hace el recurrente cuando sostiene que no hubo posesión sino mera tenencia en los mencionados actos de él, porque reconocía dominio ajeno.

No es sólo posible sino hasta frecuente que varias personas lleven un mismo nombre y apellido; pero si éste hubiera sido el caso en el presente pleito, oportunidad tuvieron los demandados para decirlo y demostrarlo, porque, siendo esa la realidad, de fáciles medios probatorios habrían dispuesto. El argumento de faltar la comprobación de ella, aducido a última hora, no puede valer en casación por constituír lo que se llama un medio nuevo.

Por otra parte, el sentenciador no puede pasar por alto ciertas circunstancias de singular significación, como las que conducen a reconocer que sería extraño, para decir lo menos, que al propio tiempo que un Aurelio Ramírez está ocupando cierta finca con ánimo de señor, otro Aurelio Ramírez esté aceptando el poder de los dueños de esa precisa finca para administrarla y tal vez otro Aurelio Ramírez esté procurando adquirirla en su remate.

La Sala no puede partir del supuesto de aquella multiplicidad o dualidad de personas, sino reconocer una identidad hasta ahora inobjetada.

Si pues, en vista de los artículos 762 y 775 del C. C., no puede reputarse poseedor a Aurelio Ramírez y si es la posesión y no la mera tenencia lo que fundamenta la prescripción que el curso del tiempo viene sobre aquélla a producir, es claro que el Tribunal quebrantó estas disposiciones y con ello el artículo 2531, **ibidem**, al acoger la excepción que declara en su sentencia.

A este quebranto se agrega el del artículo 778 de esa obra, porque el Tribunal forma el lapso de esa prescripción reconociendo en favor de los demandados la llamada posesión de Aurelio, esto es, autorizando la apropiación de ésta que ellos hacen desde la contestación de la demanda, en el concepto de ser sus sucesores, y este concepto es inadmisible, porque brilla por su ausencia en el proceso la vincula-

ción jurídica que los atase en tal carácter. No hubo, al menos que en el expediente obre o siquiera a él se aluda, entre Aurelio y los demandados un acto entre vivos o contrato, como donación, compraventa o permuta o cesión de derecho alguno de él en favor de ellos a título lucrativo u oneroso; ni obra prueba de trasmisión **mortis causa.** Desde la contestación del libelo inicial a todo lo largo del litigio se ha invocado por los demandados su calidad de hijos de Aurelio; pero no figuran las necesarias actas de estado civil que tal acrediten ni la prueba que las supliera, si éste era el caso.

Si una persona viene en pos de otra a poseer un bien, lo que puede imaginarse repetido indefinidamente, ninguna de ellas puede reputarse antecesor ni sucesor de la otra en lo que pudiera decirse cadena, sino habiendo vinculación jurídica que conectara los eslabones, para que cada poseedor pudiera agregar a su posesión propia la de su antecesor o antecesores considerándolos fundadamente tales ante el citado artículo 778.

Por eso en el ejemplo que trae el opositor de que el abogado recurrente, después de haber poseído por diez años un predio, se lo entregue, para deducir de ahí que puede agregar a la suya esa posesión anterior, por más que comience por suponer que esa entrega se ha hecho sin título alguno, acaba por hablar de la cesión que ha querido hacerle. Y es que jurídicamente se impone la necesidad de algún vínculo de los aludidos que establezca la indispensable conexión.

Aceptado, como más favorable que es a los demandados, que su posesión propia se remonta al 25 de noviembre de 1930 en que dicen haber muerto Aurelio, hecho no acreditado aquí, se tiene que para cuando contestaron la demanda inicial de este juicio el 22 de mayo de 1940, notificada a Arnaldo el 23 del precedente abril, no había transcurrido el tiempo requerido para la prescripción por el artículo 2532 del C. C. Al declararla el Tribunal, quebrantó esta disposición.

Lo dicho hasta aquí justifica los cargos del recurrente, esto es, obliga a casar la sentencia recurrida.

Para dictar la que por mandato del artículo 538 del C. J. ha de reemplazarla, se considera:

Los títulos traídos por la demandante, que ya se mencionaron y que en debida forma y oportunidad vinieron al proceso, como se ve en el cuaderno primero a folios 1 y 2, en el segundo a folios 6 y 7 y 23 y 24, acreditan que ella adquirió en compra en la citada escritura de 1939, cuya inscripción en el competente libro de registro se halla vigente, la finca total de Piedra Volada, cuya procedencia llega hacia atrás hasta el 10 de junio de 1907, al tenor del certificado del Registrador obtenido como prueba el 2 de septiembre de 1940 y que abarca sobre propiedad y libertad el lapso comprendido hasta entonces a partir del 1º de enero de 1910.

Así justifica ella con su dominio su acción. Por su lado los demandados, que expresamente desde su contestación de la demanda se lo han reconocido, se lo contradicen y niegan en lo atañedero a la porción de esa finca total que ellos ocupan con ánimo de señor. Son, pues, poseedores de esta porción. Estos hechos indican que en lo tocante a personería sustantiva de demandante y demandados se llenan los requisitos legales. (C. C., artículos 946 y 952).

El presupuesto procesal de la acción reivindicatoria exige otro elemento como indispensable: cosa singular o cuota determinada proindiviso de cosa singular, e identificación de ello con lo poseído por el demandado (C. C., artículos 946 y 949).

Sobre este punto se halla lo siguiente: la demanda determinó debidamente la finca total comprada por la demandante y, aunque de momento parece encaminada a toda ella, no deja de advertir que se limita a una porción, la ocupada por los demandados. Si tal hubiera quedado la situación al respecto, esto es, sin determinarse la porción de que se acaba de hablar, la consecuencial falta de singularidad en lo pretendido habría impedido que la demanda prosperase.

Pero al contestar la demanda los demandados manifestaron que aquella finca total de tiempo atrás, que dicen inmemorial, se dividió en dos, de las cuales una tomó el nombre de La Pampa, que es la que pertenece a la demandante, cuyos derechos reconocen, y la otra, que conservó el nombre de Guayabal o Piedra Volada, les pertenece a ellos exclusiva y legítimamente; y en seguida expusieron los linderos detallados y completos de esta porción, considerada por ellos, repítese, como finca separada y distinta de aquélla.

Así, al trabarse la litis, al formarse el llamado cuasicontrato de **litis contestatio,** vino a quedar precisado el objeto de la controversia, establecida la singularidad del cuerpo cierto materia de la acción. A esto se agrega la identificación que trajo la inspección ocular practicada como prueba por el Juez de la primera instancia con intervención de peritos, cuyo dictamen ulterior corrobora esa identidad. El acta de esa diligencia, que es de 5 de agosto de 1940, se ve a los folios 15 y 16 del cuaderno 2º, y a los folios 19, 20 y 21 del mismo se lee aquella exposición pericial.

Así, las cosas, no le sería dado al sentenciador infringir el artículo 593 del C. J., conceptuando a la hora de pronunciar su fallo que no está ante una cosa singular porque la demanda no suministró tal singularización desde luego .

Concurriendo, pues, todos los elementos mencionados, la entrega demandada debe decretarse, y así se acoge la primera súplica de la demanda, no extendiendo esa orden a la totalidad de la finca comprada por la demandante Lozano, sino circunscribiéndola a la porción ocupada por los demandados y precisada, como acaba de decirse, en la respuesta de ellos a la demanda y en la citada inspección ocular.

Antes de pasar al estudio de las demás peticiones del libelo, se observa que a los autos se hicieron venir como prueba los instrumentos que acreditan que Aurelio Ramírez, en época anterior al remate tantas veces mencionado, adquirió los derechos proindiviso de uno de los condueños de la finca. Como este pleito no se ha seguido contra él, no es el caso de indagar si de esa adquisición se siguió o pudo haberse seguido su conversión en el dominio de una porción singular de la cosa común. Además, como se ha dicho y repetido, no consta ninguna transferencia o transmisión de Aurelio Ramírez a los demandados.

La intención de la demanda contiene estos tres pedimentos: que se condene a los demandados: 1º A la dicha restitución o entrega; 2º A pagar $ 1.000 anuales desde que la demandante fue desposeída, "suma en que ella estima el valor de los perjuicios que se le han ocasionado y continúan ocasionándole hasta el fallo definitivo", y 3º A pagar las costas del juicio y las que llegaren a causarse para dicha entrega material.

Como se ve, la demandante cambió por una acción de perjuicios el pago de los frutos, pues no de otra manera puede interpretarse el pedimento segundo de su demanda, en la cual no se habla de éstos, como no se trató de ellos en manera alguna en las pruebas ni en los alegatos; y si de esta omisión no podría deducirse silencio en el fallo sobre los mismos, por ser prestaciones que vienen **de jure**, aquel cambio por indemnización de perjuicios sí impide decretar aquéllos, y para que sobre éstos suceda otro tanto basta observar que nada se comprobó tampoco ni alegó al respecto, y no cabe tal condena sin la demostración del perjuicio sufrido.

Sobre costo de la entrega nada cabe sentenciar y debe deferirse a las disposiciones legales pertinentes. En cuanto a costas del juicio, en concepto de la Sala no es el caso de decretarlas, de conformidad con el artículo 575 del C. J.

Se ha hablado en plural de los demandados, por la circunstancia de haber ambos obrado conjuntamente en su respuesta al libelo inicial y en su esfuerzo probatorio y alegaciones de instancia; pero lo acontecido respecto de Arnulfo en relación con el artículo 381 del C. J. y en virtud de las providencias de la Corte ya citadas aquí de 29 de mayo y 5 de octubre de 1943, según las cuales quedó desde entonces ejecutoriada para él la sentencia de primera instancia y pendiente el litigio sólo con Arnaldo, obliga a limitar el presente fallo a este demandado, desde entonces único.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, el diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, y reformando la de primera instancia dictada por el Juzgado 3º Civil de este Circuito el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

1º Condénase a Arnaldo Ramírez E. a entregar a Elina Lozano, de conformidad con los artículos 549 y 551 del C. J., la finca de Piedra Volada, corregimiento de Pasquilla, jurisdicción de Bosa, en su porción alindada así: "Partiendo de una piedra marcada con la letra B, situada en la orilla del Chorro del Saltonal en las inmediaciones de la casa que habita o habitaba Belarmino Otálora, de este punto en línea recta a una piedra marcada con la letra A, que está entre la quebrada de La Estancia en las inmediaciones de la casa que habitaba Ignacio Salazar; de este punto siguiendo la misma dirección por la cuchilla de Los Volcanes, y pasando por una piedra laja, hasta donde se encuentra el mojón número trece (13), lindando en esta extensión en una parte con el lote que se adjudicó a la señora Clotilde Ramírez de Acosta y en la otra con propiedad del señor Guillermo A. Ramírez; de este punto volviendo a la izquierda línea recta a la cima más alta de Las Peñas y al Pantana del Altar, lindando en este costado con propiedad del señor Prudencio Ramírez; de este punto volviendo a la izquierda por toda la cresta de la cordillera a dar a la cima de El Pailón donde hay un mojón marcado con el número cinco (5) lindando en este costado con la antigua hacienda de Fusunga; de este punto en dirección oriental al nacimiento del chorro del Saltonal, donde hay un mojón por todo el curso del chorro, aguas abajo, hasta dar al primer lindero en el mojón letra B ya citado, lindando en toda esta parte con la antigua hacienda de El Diamante, de propiedad de los herederos del señor Eladio B. Ramírez.

2º Absuélvese a Arnaldo Ramírez E. de los demás cargos de la demanda.

3º No está probada la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria opuesta al contestar el libelo.

4º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.) **Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. —José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón,** Srio. ppdd.

SOLICITUD DE ACLARACION DE UNA SENTENCIA

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El apoderado de la demandante pide aclaración de la sentencia de 23 de noviembre último, diciendo ofrecerle motivo de duda el hecho de reformar la de primera instancia, en cuanto, en lo tocante a restitución del inmueble materia del juicio, el Juzgado la decretó a cargo de ambos demandados y la Corte pronuncia esta condena sólo contra Arnaldo Ramírez.

La Sala no ve motivo de duda al respecto, porque, como con suma claridad consta en el proceso y lo trae a cuento ella en su fallo, para Arnulfo Ramírez quedó ejecutoriada la sentencia de primera instancia y, consecuencialmente, concretado el litigio a Arnaldo, lo que obligaba a reducir la decisión de la Corte a éste.

Cabalmente en esa circunstancia está el principal fundamento de la reforma. Inicialmente fueron demandados ambos Ramírez y por eso el fallo del Juzgado se extendió a los dos. Al declararse ejecutoriada esa sentencia para Arnulfo, la parte demandada quedó formada por Arnaldo únicamente; de manera que a éste tenía que concretarse el fallo y la Corte habría usurpado jurisdicción pronunciándolo contra Arnulfo, que es lo que habría sucedido si ella hubiera confirmado, sin la salvedad determinante de aquella reforma, la sentencia de primera instancia pronunciada, repítese, contra las dos personas que originariamente formaron dicha parte litigante.

Si todo esto lo dice el proceso y lo puso de presente la Sala en su sentencia, no se justifica un pedimento de aclaración sobre ello.

Por lo expuesto, se resuelve: no hay lugar a lo solicitado en el memorial precedente.

Notifíquese.

(Fdos.) **Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

SANEAMIENTO POR EVICCION

1. — La obligación del saneamiento de la cosa vendida, que con la de entregarla suma las principales obligaciones del vendedor, comprende dos partes o etapas que se refieren a la realización de dos objetos diferentes dentro del mismo fin de garantizar al comprador la posesión tranquila y pacífica de la cosa comprada: la primitiva es una obligación de hacer y consiste en el deber del vendedor de acudir en defensa judicial del comprador en el juicio que se le ha iniciado por la cosa vendida; la segunda, subordinada a la primera, es una obligación de dar y consiste en que una vez producida la evicción, desposeído el comprador de todo o parte de la cosa por sentencia judicial, debe el vendedor indemnizar al comprador los perjuicios de la evicción. Dado el desarrollo sucesivo de estos dos períodos distintos pero conexos, integrantes de la obligación del vendedor, la acción de saneamiento que corresponde al comprador para pedir que se cumpla tiene su verdadera iniciación cuando el comprador demandado por causa anterior a la venta cita al vendedor para que comparezca a defenderla (a. 899, C. C.); con esta denuncia del pleito, que vincula al vendedor como parte en el juicio, comienza a cumplirse la obligación del vendedor, que termina cuando la evicción se produce esto es, cuando se pierde el pleito, en la de indemnizarle en dinero. (A. 1896, ibid.) Puede, pues, considerarse que esta segunda parte es propiamente el cumplimiento de los efectos legales de una sentencia, que se produce por causa de la condena, responsabilidad personal del vendedor en favor del comprador, esto es, de las personas que fueron parte en el contrato de venta en que tuvo origen la obligación de saneamiento.

2. — En materia de frutos de la cosa vendida y evicta, la ley no autoriza la prestación por valor de los frutos que el comprador "hubiere dejado de percibir desde cuando fue privado de la posesión del inmueble", sino de aquellos que el comprador hubiere sido obligado a restituír al dueño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Los antecedentes de esta controversia pueden resumirse así:

Por medio de la escritura pública número 317 del 24 de mayo de 1930, pasada ante el Notario Segundo de Santa Rosa de Viterbo, Francisco Salcedo Vargas vendió a Antonio Salcedo Corredor, entre otros inmuebles, dos fincas rurales ubicadas en las veredas de Tobo y Tonemí, dentro de la jurisdicción municipal de Busbanzá, por los linderos que en ese instrumento se expresan.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, por medio de apoderado y en libelo fechado el 25 de julio de 1938, María Salcedo Vargas, casada a la sazón con Antonio Salcedo Corrdeor, demandó a su marido en juicio ordinario de reivindicación para que se declarara su dominio exclusivo y se le ordenara restituír los referidos inmuebles de Tobo y Tonemí. En este juicio, denunciado por el demandado a Francisco Salcedo Vargas, obtuvo sentencia favorable la demandante, declarada dueña de las fincas, a cuya restitución fue condenado el marido demandado. Esta sentencia de primer grado (febrero 27 de 1940), fue confirmada totalmente por la del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de fecha 14 de marzo de 1941.

Consumada la evicción del inmueble por efecto de esta sentencia judicial, Antonio Salcedo Corredor, por medio de apoderado, en escrito de 25 de mayo de 1942 y ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, demandó a Francisco Salcedo Vargas para que se declare que está obligado a sanearle al demandante la evicción que sufrió por efecto de los fallos precitados de las fincas que le compró en jurisdicción de Busbanzá, y que, en consecuencia, se le condene a restituírle el precio de la venta de la finca de Tobo y Tonemí, fijado pericialmente, las costas legales del contrato que hubiere hecho el comprador, el valor de los frutos, las costas judiciales que el actor gastó por efecto del juicio reivindicatorio seguido por María Salcedo, el aumento de valor de la cosa evicta en el tiempo que es-

tuvo en poder del comprador, los perjuicios causados por la evicción y las costas judiciales de este pleito.

El demandado, al evacuar el traslado legal de la demanda, se opuso a las pretensiones del actor, manifestando que el contrato de venta recogido en la escritura número 317 del 24 de mayo de 1930, por medio del cual transfirió al actor el dominio de varios inmuebles, entre ellos el de las fincas a que alude la demanda, no fue real y verdadero, sino una venta simulada con la intención de tranferir las fincas a la esposa del comprador, y que el precio aparentemente estipulado en él no lo recibió nunca.

Ajustada sobre estas bases la litis, el Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva de primera instancia, proferida el 15 de febrero de 1944, declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y absolvió, en consecuencia, al demandado de todos los cargos de la demanda. Sin costas.

Sentencia acusada

Por haber apelado ambas partes de este fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia del 4 de noviembre de 1944, proferida al final de la actuación correspondiente al segundo grado del juicio, lo confirmó en todas sus partes. También sin costas.

En las mismas conclusiones y razones se fundan las dos sentencias de instancia. Ambas consideran que la personería sustantiva del actor está afectada de ilegitimidad, o sea, que carece de derecho para demandar en la forma en que le ha sido personalmente y no para la sociedad conyugal que es la interesada. Estimaron los juzgadores, para concluír así, que es un hecho aceptado por demandante y demandado, que Antonio Salcedo Corredor y María Salcedo contrajeron matrimonio católico en el año de 1927, de donde dedujeron que la sociedad conyugal Salcedo-Salcedo fue titular del dominio de las fincas Tobo y Tonemí desde el año de 1930, en que se otorgó la escritura número 317, hasta el de 1941 en que el Tribunal Superior confirmó la sentencia en que se declaró que los referidos inmuebles eran de la propiedad exclusiva de la cónyuge María Salcedo. "Así, pues, — concluye la sentencia — el bien inmueble de alinderación conocida, entró al haber social en el año de 1930 y, más tarde, por sentencias ejecutoriadas, salió del patrimonio social para incorporarse en el peculio propio de la cónyuge María Salcedo de Salcedo. Como de este traslado del bien se produjo una merma en el capital social, es lógico que el perjuicio directo lo sufrió la sociedad conyugal y no el socio Antonio Salcedo Corredor, porque, se repite, la escritura número 317 de 1930 radicó el dominio del bien, situado en Tobo y Tonemí, en cabeza de la dicha sociedad conyugal. De consiguiente, es la sociedad conyugal y no el cónyuge demandante quien tendría la acción para reclamar el saneamiento por evicción. Es el patrimonio social y no el particular del actor, el que sufrió la disminución económica. En resumen, el señor Antonio Salcedo Corredor no tiene personería sustantiva para reclamar para sí el resultado de la acción de saneamiento y los perjuicios que la pérdida del bien raíz aludido pudo traerle a la sociedad conyugal.

El recurso

El apoderado de la parte demandante ha traído a la Corte este negocio por recurso de casación oportunamente interpuesto contra la sentencia definitiva de segunda instancia, recurso que debidamente tramitado, se resuelve hoy.

Con base en los mismos hechos y razones acusa el recurrente la sentencia por los dos primeros motivos del artículo 520 del C. J. Dentro de la disposición del artículo 538, **ibidem,** la Sala, luégo de estudiar todos los aspectos del recurso, reduce su consideración a los cargos que se formulan dentro de la causal primera, y que son:

a) Infracción directa de los artículos 473 y 474 del C. J., disposiciones de carácter sustantivo, por haber el Tribunal desconocido la fuerza de la cosa juzgada. "Se trata de la evicción sufrida por Salcedo Corredor, cuyo saneamiento pide, al ser privado de la finca en cumplimiento de los fallos en los cuales se discutió y definió la propiedad del inmueble, lo que vale decir que se está en presencia del mismo asunto ya discutido y fallado, puesto que el saneamiento es una resultante del fallo dictado contra Salcedo Corredor como comprador a Salcedo Vargas del fundo de que fue privado por dicho fallo. Negar la personería en este juicio es desconocer la parte resolutiva de las sentencias del juicio de dominio....."

b) Violación directa e indirecta como consecuencia del error de derecho en la apreciación probatoria, de los artículos 348, 395 y 1781 del C. C., 22 de la ley 57 de 1887, 99 de la ley 153 de 1887, 1, 17 y 18 de la ley 92 de 1938 por cuanto el Tribunal tuvo por bien probado el matrimonio y la consecuencial sociedad conyugal de Antonio Salcedo Corredor y María Salcedo Vargas, a base de simple confesión, sin la aducción de la prueba legal principal del estado civil ni de la supletoria correspondiente. Y no estando probado el matrimonio no hay base para deducir ca-

rencia de personería sustantiva o derecho de pedir reparación de perjuicios resultantes de una evicción en que Salcedo Corredor intervino en nombre propio y en ese carácter fue demandado.

c) Violación de los artículos 1894, 1897 y 1904 del C. C. en que incurrió el Tribunal por haber denegadc la demanda de saneamiento alegando simplemente que la acción corresponde a una sociedad conyugal, que no figuró en el juicio en que se produjo la evicción y cuya existencia no se ha demostrado, pues no está legalmente probado el matrimonio.

Considera la Sala.

La obligación del saneamiento de la cosa vendida, que con la de entregarla suma las principales obligaciones del vendedor, comprende dos partes o etapas que se refieren a la realización de dos objetos diferentes dentro de la misma finalidad de garantizar al comprador la posesión tranquila y pacífica de la cosa comprada: la primitiva es una obligación de hacer y consiste en el deber del vendedor de acudir en defensa judicial del comprador en el juicio que se le ha iniciado por la cosa vendida; la segunda, subordinada a la primera, es una obligación de dar y consiste en que una vez producida la evicción desposeído el comprador de todo o parte de la cosa por sentencia judicial, debe el vendedor indemnizar al comprador los perjuicios de la evicción. Dado el desarrollo sucesivo de estos dos períodos distintos pero conexos, integrantes de la obligación del vendedor, la acción de saneamiento que corresponde al comprador para pedir que se cumpla tiene su verdadera iniciación cuando el comprador demandado por causa anterior a la venta cita al vendedor para que comparezca a defenderla (a. 1899, C. C.); con esta denuncia del pleito, que vincula al vendedor como parte en el juicio, comienza a cumplirse la obligación del vendedor, que termina, cuando la evicción se produce, esto es, cuando se pierde el pleito, en la de indemnizarle en dinero (a. 1896, ib.). Puede, pues, considerarse que esta segunda parte es propiamente el cumplimiento de los efectos legales de una sentencia, que se produce por causa de la condena, responsabilidad personal del vendedor en favor del comprador, esto es, de las personas que fueron parte en el contrato de venta en que tuvo origen la obligación de saneamiento. Y entonces, lógicamente habría que concluír que fue a la hora de calificar la denuncia del pleito hecha por el comprador Salcedo Corredor a Salcedo Vargas, para que contra éste solo se siguiera la demanda reivindicatoria de María Salcedo, cuando hubiera sido oportuno, de ser legal, exigir la personería de la sociedad conyugal Salcedo-Salcedo negando el pedimento exclusivo del marido comprador. Aceptada entonces como no podía dejar de serlo la procedencia de la denuncia, con que se dio arranque al cumplimiento de la obligación de garantía nacida en el contrato de venta, no hay razón ni oportunidad para suscitar la cuestión de personería sustantiva con motivo del pago de la indemnización en que se ha transformado la obligación de saneamiento en su segundo período complementario.

Por el aspecto que se plantea en los dos últimos cargos preindicados se destaca más visiblemente la ilegalidad con que denegó el Tribunal la demanda con base en ilegitimidad de la personería sustantiva del actor para demandar el pago de la evicción por venta en que contrató personalmente y causada en un juicio en que fue demandado en nombre propio. La tesis de la sentencia de que la acción de saneamiento pertenece o corresponde exclusivamente a la sociedad conyugal Salcedo-Salcedo, afectada de cierto artificialismo jurídico, carece de fundamento esencial porque no habiéndose acreditado en forma legal el matrimonio es improcedente y equivocado fundar una conclusión en la existencia de una sociedad conyugal que no puede concebirse sin él. Estimó en efecto, el Tribunal que el matrimonio de Antonio Salcedo Corredor y María Salcedo Vargas en el año de 1927 podía darse como suficientemente establecido con la aceptación que de él han hecho los litigantes a más de algunas alusiones en piezas procesales. Error éste de derecho en que incurrió el sentenciador al estimar estas declaraciones y noticias como prueba fehaciente del matrimonio y la consecuencial sociedad entre cónyuges, "porque — como lo tiene muy repetido la Corte — la ley ha establecido que sólo las partidas de origen civil, o de origen eclesiástico, son las únicas pruebas para la comprobación del estado civil, y a falta de ellas las supletorias que la misma ley reconoce, pero la confesión no es prueba aceptable en nuestra legislación para la demostración del estado civil de las personas. La confesión es prueba de excepción, pero sólo para los hechos que la ley reconoce que se pueden demostrar con ella....."

Con la exposición que precede puede darse por terminada y completa esta sentencia en la parte destinada a motivar la prosperidad del recurso de casación mostrando la ilegalidad de la resolución acusada. Lo que sigue, sin que lo antecedente deje de servir al objeto, es la sentencia en reemplazo de la casada.

El proceso ofrece la prueba completa de los elementos que legalmente conforman la evicción. Aparece, en efecto, que el comprador Antonio Sal-

cedo Corredor fue privado por virtud de sentencia judicial del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de fecha 14 de marzo de 1941, confirmatoria de la del Juzgado del Circuito de allí del 27 de febrero de 1940, de los inmuebles ubicados en las veredas de Tobo y Tonemí, que junto con otras fincas le había vendido Francisco Salcedo Vargas en la escritura número 317 de 24 de mayo de 1930, Notaría Segunda de Santa Rosa, por haber probado María Salcedo Vargas, en acción de dominio, que eran de su exclusiva propiedad. Resulta también que la evicción provino de hecho anterior a la venta, por haber recaído sobre cosa ajena, y que el comprador citó legal y oportunamente a su vendedor para que compareciera al juicio en defensa de la venta. "Como el señor Francisco Vargas, mayor de edad y de esta vecindad, — dijo el comprador al contestar la demanda reivindicatoria de María Salcedo de Salcedo, — como reza la demanda, fue quien me vendió el terreno, conforme a la facultad que me concede la ley, le denuncio el pleito y pido se sirva admitir esta demanda y ordenar que se notifique en la forma legal al citado vendedor, para que me responda de la evicción y saneamiento en caso de ser yo vencido".

El artículo 1904 del C. C. determina el contenido de la obligación de saneamiento de la evicción a que está obligado el vendedor. Al tenor de este precepto y en relación con las pruebas, se consideran las súplicas de la demanda, consecuenciales de la declaración principal de la obligación de sanear.

a) Versa la primera sobre la restitución del precio de la venta y pide el actor que sea en la cuantía que pericialmente se fije. La escritura número 317, que recoge el contrato de venta en que se generó la obligación de sanear, da testimonio de que el demandante compró al demandado no solamente los predios en las veredas de Tobo y Tonemí de la jurisdicción de Busbanzá, sino cuatro inmuebles más: un derecho en el páramo de Las Cuevas y El Arrastradero, en jurisdicción de Gámeza; el terreno de La Playa, en la vereda de Didamón del municipio de Corrales y una casa y tres piezas ubicadas en el centro de esta poblacón, todo por el precio de $ 2.000.00. En estas condiciones, la obligación restitutoria se refiere a la cantidad que proporcionalmente corresponda como precio al terreno en las veredas de Tobo y Tonemí, dentro de la suma total del precio de venta, pericialmente fijada en relación con la fecha del contrato.

Ha opuesto el demandado a esta pretensión del actor sobre restitución del precio, en la contestación de la demanda y en sus alegatos de instancia, la afirmación de que el contrato de compraventa, fuente de la obligación demandada, fue simulado y por consiguiente no hubo precio; pero, fuera de que esta cuestión, como aparece de las copias correspondientes, fue planteada inútilmente en el pleito de reivindicación en que fue parte el actual demandado, en este proceso, llevado por quienes fueron partes en el contrato que se dice ficticio, no se halla la prueba legalmente aceptable y conducente de la pretendida simulación.

b) No procede el pedimento respecto de las costas legales del contrato de venta, que al tenor del artículo 1862 del C. C. son divisibles entre comprador y vendedor salvo estipulación diferente, porque a más de no constar nada en autos al respecto, la circunstancia ya anotada de no recaer la evicción sino sobre uno de los inmuebles que fueron objeto del contrato subsistiendo éste en parte muy principal le resta el contenido a esta prestación.

c) En materia de frutos de la cosa vendida y evicta, la ley no autoriza la prestación en la forma demandada por valor de los frutos que el comprador "hubiere dejado de percibir desde cuando fue privado de la posesión del inmueble", sino de aquellos que el comprador hubiere sido obligado a restituír al dueño, y en este particular lo que resulta del proceso no presta base a la súplica. En el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia condenatoria de la reivindicación se dijo expresamente: "Declárase al demandado señor Antonio Salcedo Corredor libre de la obligación de restituír los frutos demandados".

d) Por lo que toca a "las costas que Salcedo Corredor hubiere sufrido como consecuencia y por efecto de la reclamación que le dirigió la señora María Salcedo de Salcedo", como dice la demanda, tampoco hay lugar a decretarla, porque el proceso da fe que en este caso ocurrió precisamente el excepcional que prevee el artículo 1902 del C. C., consistente en que el vendedor citado no opuso medio alguno de defensa y se allanó a las pretensiones de la reivindicante. De las copias pertinentes de la actuación resulta que Francisco Salcedo Vargas, al apersonarse en pleito de reivindicación que le fue denunciado, dijo: "Entre los bienes que Leopoldo me escrituró se incluyó el que es objeto de la demanda que estoy contestando. Como mi papel se contrajo a servir de intermediario, a una operación en la cual la esposa no podía ser compradora por prohibirlo la ley, no me dí cuenta de la situación jurídica de ese inmueble. Pero hoy tengo la certidumbre neta de que evidentemente dicho inmueble pertenece a la señora María, porque fue comprado con dinero de su propio peculio y tuvo por fin la subrogación de que habla el título. Reconozco por

tanto que la demanda es justa y debe volver a su patrimonio, ya que el esposo, sin razón, lo retiene".

e) Por lo que respecta a la petición del "aumento de valor de la cosa evicta en todo el tiempo que estuvo en poder de Salcedo Corredor, ya por causas naturales, ya por el transcurso del tiempo", a que alude el numeral 5º del artículo 1904 del C. C., la Sala no encuentra en los autos la base probatoria indispensable en qué apoyar semejante condena. No se justificaría jurídicamente la reproducción del texto legal de los diversos numerales que integran en el precitado artículo del Código Civil la indemnización de la evicción en la parte resolutiva del fallo sin haberse acreditado probatoriamente la existencia y procedencia de cada uno de esos elementos indeterminados. La ley consagra el derecho, pero quien lo pretende debe no solamente alegarlo sino demostrarlo probando los hechos que le dan nacimiento.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 4 de noviembre de 1944; revoca la dictada por el Juzgado Civil de ese Circuito el 15 de febrero de ese mismo año, y falla este pleito así:

El demandado Francisco Salcedo Vargas, como vendedor en el contrato que consta en la escritura número 317 del 24 de mayo de 1930, Notaría Segunda de Santa Rosa, está obligado a sanear al demandante Antonio Salcedo Corredor, comprador en el referido contrato, la evicción que sufrió de la finca situada en las veredas de Tobo y Tonemí, de la jurisdicción de Busbanzá, por los linderos que en este instrumento se expresan..

En consecuencia, condénase al demandado a restituír al demandante, como restitución del precio, la cantidad que proporcionalmente corresponda a la referida finca de los $ 2.000.00 que se pagaron como precio de los cinco inmuebles que se enumeran y determinan en ese instrumento.

No se accede a decretar los demás pedimentos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

EVICCION DE LA COSA VENDIDA. — QUE DERECHOS TIENE EL COMPRADOR EVICTO. MEJORAS PUESTAS POR EL EN LA COSA EVICTA

1.—Es una idea profesada de muy antiguo la de que el vendedor de la cosa que luego es evicta debe responder de ello al comprador porque se reputa que en tal caso el vendedor no ha cumplido a cabalidad sus obligaciones relativas a la tradición de la cosa vendida; y la responsabilidad por esa culpa contractual se gobierna por las reglas generales de las convenciones, no por los preceptos contenidos en el Título XXXIV, Libro 4º del Código Civil. El incumplimiento del contrato no genera por sí solo perjuicios morales, como en reiterada jurisprudencia lo ha explicado la Corte.

Las prestaciones a que el vendedor está obligado respecto del comprador en caso de evicción aparecen detalladas en el artículo 1904 del Código Civil, que no habla de perjuicios, quizá por considerarlos representados en dichas prestaciones y en el "aumento de valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador, aun por causas naturales o por el mero transcurso del tiempo", cuyo pago impone al vendedor el numeral 6º de dicha disposición legal.

2. — La ley no impone al comprador la obligación de hacer expresa y formal denuncia de las mejoras al vendedor al tiempo de denunciarle el pleito del cual puede resultar la evicción. El comprador amenazado de ser evicto por causa de una acción reivindicatoria, puede asumir procesalmente una de estas actitudes:

a) Afrontar la defensa del pleito sin citar al vendedor, caso en el cual cesa la obligación de saneamiento por parte de éste;

b) Denunciar el pleito al vendedor, evento en el cual la demanda se seguirá contra el solo vendedor, aun cuando "el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos". Estas dos situaciones están previstas y reguladas por los artículos 1899 y 1901 del Código Civil. De acuerdo con estas disposiciones legales, cuando el comprador omite denunciarle el pleito a su vendedor lo asume o hace suyo sin que de las resultas pueda luego culpar a su causante; pero si le denuncia el pleito, éste queda totalmente a cargo del vendedor, quien debe afrontarlo como verdadero demandado. Aun cuando el comprador tiene derecho a intervenir "para la conservación de sus derechos", no está obligado a hacerlo; y si el comprador no interviene en manera alguna (como en el caso de autos ocurrió), al vendedor demandado incumbe proponer y sostener todos los medios de defensa, así como exigir las prestaciones a su favor para el caso de que la acción prospere. De acuerdo con el artículo 1906 quien debe responderle a la compradora evicta, en el caso de autos, del pago de las mejoras es su vendedor, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el que triunfó en la acción reivindicatoria. Puede ser aconsejable que al tiempo de denunciarle el pleito a su vendedor el comprador demandado en reivindicación le dé noticia de las mejoras hechas por él en la cosa. Pero de que ese procedimiento sea conveniente no se sigue que la omisión de tales informes pueda tener alcance de acarrearle al comprador demandado la extinción de su derecho a obtener el saneamiento, uno de cuyos puntos o aspectos es el pago de las mejoras. Ahora: como el aprovechado con las mejoras es el reivindicador triunfante, es él quien debe, en definitiva, pagarlas; pero al vendedor incumbe obtener de dicho reivindicante la prestación correspondiente, y si al defender el pleito no atiende a este aspecto del litigio, queda sometido a la norma del artículo 1906 del Código Civil que le impone el deber de cubrir al comprador evicto el valor de las mejoras en caso de que el que obtuvo la evicción no haya sido condenado a abonarlas. En una palabra: el vendedor de la cosa está obligado a pagar al comprador evicto las mejoras necesarias y las útiles hechas por éste.

3.—Denunciado el pleito incumbe al vendedor atender la defensa de él hasta el registro inclusive de la sentencia favorable a su parte.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

La Corte procede a estudiar los motivos alegados en el presente recurso de casación, previa una breve reseña de los antecedentes, de la sentencia recurrida y de la demanda de casación.

Antecedentes

Antonio J. Gaviria T. adquirió, por remate en juicio ejecutivo que seguía contra Matilde Casafús, una casa situada en el barrio de la Independencia, en la ciudad de Medellín; tres meses después Gaviria le vendió tal inmueble a Carmelina Morales, por escritura pública otorgada ante el Notario 4º de aquella ciudad; posteriormente, Manuel Casafús presentó demanda de reivindicación de la finca y nulidad del remate de la misma, pleito que Carmelina Morales denunció a su vendedor Gaviria. Tal acción terminó por sentencia favorable a los demandados; pero se omitió registrar ésta; Manuel Casafús intentó nueva acción de dominio y Carmelina Morales denunció también este pleito a su vendedor Gaviria, pleito que terminó por sentencia condenatoria bien que reconociendo a Carmelina Morales como poseedora de buena fe.

Habiendo sido la Morales desposeída de la casa, presentó demanda contra Antonio J. Gaviria T. para que previos los trámites de un juicio ordinario se le condenara a restituír el precio pagado por el inmueble de que fue evicta, los gastos legales del contrato de compraventa y las costas que tuvo que erogar en el juicio que le promovió Manuel Casafús. También solicitó se condenara a Gaviria a pagar el valor de los frutos que según la sentencia del Tribunal de Medellín "fue obligada a restituírle al señor Manuel Casafús", y a pagarle el valor del aumento de precio del inmueble en cuestión, así como también el de las mejoras hechas por ella en la casa y los perjuicios materiales y morales que sufrió con motivo de la evicción.

La primera instancia de este juicio terminó con la sentencia en que el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín condenó a Antonio Gaviria T. a restituírle a la demandante la suma de un mil ciento dieciseis pesos, precio recibido de ella por la compraventa, los gastos efectuados por Carmelina con motivo de ese contrato y los que tuvo que erogar por razón del pleito de Casafús; unos y otros en cuantía que debe determinarse por el procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial. La misma sentencia condenó a Gaviria a pagar a Carmelina Morales trescientos veintiseis pesos con sesenta y seis centavos ($ 326.66), "valor de los frutos que dicha señorita fue obligada a restituír al señor Manuel Casafús"; y a pagarle a la demandante doscientos setenta y nueve pesos ($ 279.00), "cuarta parte del precio de la venta por concepto del mayor valor adquirido por el inmueble durante el tiempo que estuvo en poder de la señorita Morales y debido a meras causas naturales o al transcurso del tiempo". El Juzgado negó las otras dos declaraciones solicitadas en la demanda, esto es, el pago de las mejoras que la demandante dijo haber hecho en la finca, y el valor de perjuicios materiales y morales sufridos por la evicción. Apeló la actora contra el fallo de primera instancia.

La sentencia recurrida

La parte resolutiva del fallo que dictó el Tribunal Superior de Medellín dice que "**Confirma** la providencia materia del recurso de apelación, con la advertencia de que quedan a salvo los derechos de la señora demandante conforme a la sentencia de evicción que considera a esta señora como poseedora de buena fe".

Dice el Tribunal que habiéndose reputado a la señorita Morales como poseedora de buena fe en el juicio que decretó la evicción, implícitamente se le tiene reconocido el derecho de reclamar de la parte triunfante en ese juicio las mejoras útiles y necesarias hechas por ella en el inmueble; pero que sería injusto obligar al vendedor a cuyo cargo corre el saneamiento, a pagar también mejoras que no se le denunciaron oportunamente y a la defensa de las cuales "mal podía salir". "Estima la Sala, dijo el Tribunal sentenciador, que para que surja la obligación que al vendedor, en casos de evicción, impone el artículo 1906 del Código Civil, de reembolsar al comprador evicto el valor que provenga de las mejoras necesarias o útiles hechas por el comprador, es preciso que

éste en oportunidad le haya dado cuenta de esas mejoras".

Y en lo relativo al pago de perjuicios materiales y morales provenientes de la culpa que la demandante atribuye a Gaviria por no haber hecho registrar la sentencia que los favoreció, omisión que hizo viable el segundo pleito de Manuel Casafús contra la Morales y Gaviria, dice el Tribunal que tal omisión es igualmente imputable a los dos y que por tanto "sería inequitativo hacer responsable a dicho señor (Gaviria) de tan gravosas consecuencias".

El recurso

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso casación Carmelina Morales; y ante la Corte formuló oportunamente su demanda, por medio de apoderado, quien invoca la causal primera de casación "por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, ya directamente, ora por aplicación indebida o interpretación errónea; por apreciación errónea de ciertas pruebas y falta de apreciación de otras, incurriendo por tanto en errores de hecho y de derecho".

Se han formulado contra la sentencia cinco cargos, todos relativos a la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y que pueden resumirse así:

El reivindicador Casafús, declarado por sentencia dueño de la casa, no fue condenado a pagar a la compradora evicta las mejoras que ella había hecho en tal inmueble; por consiguiente el vendedor Gaviria debe pagárselas; y al no reconocerlo así el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 1904 del Código Civil y violó el artículo 1906 ibídem. Violó también los artículos 1880, 1901, 756 y 2652, numeral 2º, al atribuír culpa a Carmelina Morales por la omisión del registro de la primera sentencia que había sido adversa a Casafús: denunciado el pleito a Gaviria éste debía defenderlo hasta su terminación, inclusive el registro de la sentencia. E incurrió en error al apreciar las pruebas pues en el expediente aparece demostrado que Carmelina Morales sí hizo en la casa las mejoras que cobra y aparece también que quiso retener el inmueble y se opuso a la entrega de él a Casafús mientras no se le pagaran las mejoras, oposición que el Juez no aceptó y ni siquiera le concedió la apelación interpuesta por ella contra tal resolución: el Tribunal, dice el recurrente, prescindió de dar su valor a las pruebas de esos hechos. Y por último, la sentencia es violatoria de los artículos 2321, 2342 y 2356 del Código Civil por cuanto no reconoció la existencia de los perjuicios morales sufridos por Carmelina al ser lanzada de su casa, perjuicios apreciables dadas las condiciones sociales y de estimación de que goza su familia, de todo lo cual hay abundante prueba en autos.

Estudio de los cargos

Dos son los puntos de derecho planteados en casación: si el vendedor debe pagarle al comprador los perjuicios morales sufridos por el hecho de la evicción; y si es el vendedor o es el reivindicador quien debe pagar al comprador las mejoras hechas por él en la cosa de la cual fue evicto.

I — Pago de perjuicios morales provenientes de evicción

Este punto es materia del cargo 5º en la demanda de casación, cargo que el recurrente funda así: el artículo 2341 del Código Civil dispone que el que ha cometido una culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización; el artículo 2342 **ibídem** dice que puede pedirla el dueño o poseedor de la cosa sobre que ha recaído el daño; y el artículo 2356 preceptúa que por regla general todo daño que pueda imputarse a negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta: Carmelina Morales, por el hecho de verse sometida a la vergüenza pública de un lanzamiento de su propia casa sufrió con ello un daño moral, dadas "sus condiciones de honorabilidad, honestidad, grado de posición social, y los elementos fundamentales del valor de afección que para aquélla tenía el bien perdido". De estas dos premisas concluye el recurrente que el vendedor de la casa debe ser condenado a pagarle a la compradora los perjuicios morales que la evicción le causó.

Sobre este cargo observa la Corte que la premisa mayor o sea la existencia de las disposiciones legales que el recurrente invoca, es innnegable. Pero no sucede lo mismo con la premisa menor, como pasa a verse.

Se queja el recurrente de que el Tribunal es demasiado simplista, "adoptando así la línea de menor resistencia", al sostener "que fuera de las indemnizaciones de que trata el artículo 1904 del Código Civil, no hay lugar a otras, y que en cuanto a perjuicios morales, en caso de responsa-

bilidad contractual, no existen ellos".

La Corte amplía y explica como sigue la razón dada por el Tribunal:

"En primer lugar no podría imputarse mala fe al vendedor Gaviria, porque de autos aparece que cuando él adquirió la casa por remate, en el juicio respectivo obraba un certificado del Registrador de instrumentos públicos según el cual Matilde Casafús, ejecutada, era la dueña de la casa embargada y que se iba a rematar; y con esa buena fe la remató Gaviria y, poco después la vendió a Carmelina Morales. No hubo, pues, temeridad por parte de Gaviria al hacer esta venta, ni podría achacársele en justicia haber obrado con imprevisión, pues dada la certificación del registro no era previsible que luégo resultara ser otro el dueño de la casa.

Por otra parte, es una idea profesada de muy antiguo la de que el vendedor de la cosa que luégo es evicta debe responder de ello al comprador porque se reputa que en tal caso el vendedor no ha cumplido a cabalidad sus obligaciones relativas a la tradición de la cosa vendida; y la responsabilidad por esa culpa contractual se gobierna por las reglas generales de las convenciones, no por los preceptos contenidos en el Título XXXIV, Libro 4º del Código Civil. El incumplimiento del contrato no genera por sí solo perjuicios morales, como en reiterada jurisprudencia lo ha explicado la Corte. De todo lo cual se deduce que es infundado el cargo de violación de los artículos 2341, 2342 y 2356 del Código Civil, aplicables únicamente a la culpa extracontractual.

Las prestaciones a que el vendedor está obligado respecto del comprador en caso de evicción aparecen detalladas en el artículo 1904 del Código Civil que no habla de perjuicios, quizá por considerarlos representados en dichas prestaciones y en el "aumento de valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador, aun por causas naturales o por el mero transcurso del tiempo", cuyo pago impone al vendedor el numeral 6º de dicha disposición legal.

Se rechaza, pues, el cargo.

III — Pago de mejoras en caso de evicción

Para el Tribunal sentenciador el comprador evicto tiene derecho a que el vendedor le pague las mejoras hechas por aquél en la cosa, siempre que en oportunidad le haya dado noticia de tales mejoras; y como en el presente caso la compradora no le denunció las mejoras al vendedor, "mal podía salir (éste) a la defensa de ellas".

Contra esta apreciación del fallo recurrido se dirigen especialmente los cargos 3º y 4º de la demanda de casación, pues dice el actor que Carmelina Morales sí dio cuenta a su vendedor de las mejoras hechas por ella, como consta en las diligencias de entrega, donde aparece que Carmelina se opuso a ésta mientras no se le abonaran las mejoras, las cuales detalló y la misma contraparte en el pleito tomó nota o razón de dichas mejoras; y que para demostrar la existencia de éstas obran declaraciones de testigos, rendidas seis meses antes de la primera diligencia de entrega por exigencia del propio demandado Gaviria, como lo afirman esos mismos declarantes, pruebas que el Tribunal sentenciador no estimó debidamente.

Al respecto observa la Sala que el Tribunal lo que sostiene, al parecer, no es que falte la prueba de las mejoras, sino que al denunciar el pleito a Gaviria ha debido Carmelina Morales denunciarle también las mejoras para que pudiera salir a la defensa de ellas. De manera que el 3º de los cargos no resulta fundado por este aspecto de desestimación de las pruebas.

En cambio la Corte encuentra que sí es fundado el reparo contenido en el 4º cargo, porque la ley no impone al comprador la obligación de hacer expresa y formal denuncia de las mejoras al vendedor al tiempo de denunciarle el pleito del cual puede resultar la evicción.

El comprador amenazado de ser evicto por causa de una acción reivindicatoria, puede asumir procesalmente una de estas actitudes:

a) Afrontar la defensa del pleito sin citar al vendedor, caso en el cual cesa la obligación de saneamiento por parte de éste;

b) Denunciar el pleito al vendedor, evento en el cual la demanda se seguirá contra el solo vendedor, aun cuando "el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos".

Estas dos situaciones están previstas y reguladas por los artículos 1899 y 1901 del Código Civil.

De acuerdo con estas disposiciones legales, cuando el comprador omite denunciarle el pleito a su vendedor lo asume o hace suyo sin que de las resultas pueda luégo culpar a su causante; pero si le denuncia el pleito, éste queda totalmente a cargo del vendedor, quien deberá afrontarlo como verdadero demandado. Aun cuando el comprador tiene derecho a intervenir "para la

conservación de sus derechos", no está obligado a hacerlo; y si el comprador no interviene en manera alguna (como en el presente caso ocurrió), al vendedor demandado incumbe proponer y sostener todos los medios de defensa así como exigir las prestaciones a su favor para el caso de que la acción prospere.

Si en el caso que hoy estudia la Corte ocurriera que el vendedor hubiese obtenido que la sentencia del juicio de dominio condenara al reivindicador triunfante al pago de las mejoras, Carmelina Morales no podría cobrarle tales mejoras a su causante, y su oposición a la entrega de la cosa evicta o la retención de ésta habrían sido viables como medio compulsivo para obtener de Casafús el pago de las mejoras.

El vendedor Gaviria, además de oponerse a la reivindicación de la cosa debía haber pedido el abono de las mejoras hechas en ella por Carmelina Morales.

Pero sin necesidad de aludir a la omisión de Gaviria como negligencia de la cual deba soportar el resultado, el punto está resuelto por el Código Civil en forma muy clara, pues el artículo 1906 dice: "El vendedor será obligado a reembolsar al comprador el aumento de valor que provenga de las mejoras necesarias o útiles hechas por el comprador, salvo en cuanto el que obtuvo la evicción haya sido condenado a abonarlas".

De modo parecido, el artículo 1634 del Código Civil francés dispone que "el vendedor está obligado a reembolsar **o a hacerle reembolsar** al comprador evicto todas las reparaciones o mejoras útiles que haya hecho en el fundo".

Dice el Tribunal sentenciador que en el fallo que decretó la evicción se reconoció implícitamente a Carmelina Morales, como poseedora de buena fe, el derecho de reclamar de la parte triunfante en ese juicio las mejoras útiles y las necesarias hechas por ella en el inmueble. A esto opone el recurrente la objeción de que no hay condenaciones implícitas; y observa la Corte que lejos de contener la declaración que se supone implícita en favor de Carmelina, aquella sentencia declaró explícitamente que Casafús es el dueño del inmueble "con sus mejoras y anexidades".

Y el reconocimiento hecho en el fallo que decretó la evicción de que Carmelina Morales es poseedora de buena fé, se hizo con mira a la devolución de frutos por parte de ella, no al pago de las mejoras. De acuerdo con el artículo 1906 del Código Civil arriba transcrito, a la compradora evicta quien debe responderle del pago de las mejoras es su vendedor, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el que triunfó en la acción reivindicatoria.

Puede ser aconsejable que al tiempo de denunciarle el pleito a su vendedor el comprador demandado en reivindicación le dé noticia de las mejoras hechas por él en la cosa. Pero de que ese procedimiento sea conveniente no se sigue que la omisión de tales informes pueda tener el alcance de acarrearle al comprador demandado la extinción de su derecho a obtener el saneamiento, uno de cuyos puntos o aspectos es el pago de las mejoras.

Ahora: como el aprovechado con las mejoras es el reivindicador triunfante, es él quien debe, en definitiva, pagarlas; pero al vendedor incumbe obtener de dichos reivindicantes la prestación correspondiente, y si al defender el pleito no atiende a este aspecto del litigio, queda sometido a la norma del artículo 1906 del Código Civil que le impone el deber de cubrir al comprador evicto el valor de las mejoras en caso de que el que obtuvo la evicción no haya sido condenado a abonarlas.

Son, pues, fundados los cargos 1º y 4º y, de consiguiente, el recurso prospera porque el sentenciador de instancia no condenó al demandado a pagar a la compradora evicta el valor de las mejoras. Decir, como lo hace el fallo recurrido, "que quedan a salvo los derechos de la señora demandante conforme a la sentencia de evicción que considera a esta señora como poseedora de buena fe", es absolver, prácticamente, al demandado Gaviria en lo relativo al pago de las mejoras, y esto constituye violación directa del artículo 1906 del Código Civil.

Prosperando, como prospera, el recurso en virtud de los cargos 1º y 4º; y desechados los cargos 3º y 5º, no sería necesario examinar el cargo 2º. Estima, sin embargo la Sala que antes de cerrar la parte motiva del presente fallo, conviene decir algo, por vía de doctrina, respecto de dicho cargo, en el cual se acusa la sentencia recurrida como violatoria de los artículos 1880, 1901, 756 y 2652 (numeral 2º) del Código Civil.

Dice el recurrente que yerra el sentenciador cuando afirma que la omisión de registrar la sentencia del primer pleito de Casafús y Carmelina Morales, pleito que ésta denunció a Antonio J. Gaviria, es una omisión no sólo imputable a Gaviria sino también a Carmelina.

La Corte considera que es fundado el reparo hecho por el recurrente contra esa aseveración del Tribunal pues denunciado el pleito incumbe al vendedor atender la defensa de él hasta el registro inclusive de la sentencia favorable a su parte. Si fuese verdadera la tesis del Tribunal de que hubo culpa por parte y parte en la omisión de registrar la sentencia favorable del primer pleito, la conclusión lógica sería que desde entonces desapareció la obligación de saneamiento por parte del vendedor Gaviria; y ello no sólo en lo atinente a mejoras, costas, etc., sino aun a la devolución del precio.

Pero la tesis no es cierta porque las obligaciones de sanear no provienen en este caso de la falta de registro de la primera sentencia sino de la evicción; y ésta no se causó por aquella falta de registro sino porque la cosa tenía otro dueño. Y el que habiéndose ganado un primer pleito hubiera podido evitarse el segundo no cambia esencialmente el hecho de la evicción.

Pero esta observación se consigna apenas como punto de doctrina porque aun cuando el cargo resulta fundado no habría sido suficiente por sí solo para hacer prosperar el recurso en razón de no haberse condenado a Gaviria al pago de perjuicios, porque como arriba se vio, la acusación contra la sentencia no es viable en cuanto a este punto de los perjuicios.

Resumiendo:

No es fundado el cargo de ser la sentencia violatoria del artículo 1904 del Código Civil en cuanto ella negó la obligación del vendedor de pagar los perjuicios a la compradora evicta.

Es fundado el cargo de violación del artículo 1906 del Código Civil porque el vendedor de la cosa está obligado a pagar al comprador evicto las mejoras necesarias y las útiles hechas por éste.

Debe, pues, invalidarse la sentencia recurrida, a fin de remediar la violación de la ley sobre este punto del pago de las mejoras. Tales mejoras consisten en el cambio de maderas al techo de la casa y construcción del mismo, piso de mosaico en la sala y en una alcoba, construcción de tres piezas y un vestíbulo, del comedor, la despensa, cocina, sanitario, cuarto de baño, pinturas, blanqueamiento, instalaciones de agua y luz y desagües.

Por las razones enunciadas la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el tres de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro y en su lugar resuelve:

Refórmase la sentencia dictada por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín el treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el sentido de condenar, como en efecto se condena, al demandado Antonio J. Gaviria T. a pagarle a Carmelina Morales el valor de las mejoras necesarias y el de las útiles hechas por ella en la casa que le vendió Gaviria y de la cual fue evicta, mejoras cuyo monto se fijará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Confírmase en todo lo demás dicha sentencia de primera instancia.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA

Ha dicho ya la Corte que "una demanda es susceptible de interpretación siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del libelo, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que se apoya. Es el estudio del derecho impetrado, dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro modo el más simple error de detalle en una demanda prevalecería sobre un derecho demostrado en el juicio".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Dan cuenta estos autos de que durante la sociedad conyugal formada entre Gabriel Ochoa y Plácida Zamora por virtud del matrimonio católico contraído por ellos el 26 de noviembre de 1904, en Zipacón, el marido, por tres compras sucesivas a Primitivo Pinto en los años de 1908, 1910 y 1912, como consta en las escrituras públicas correspondientes, adquirió un terreno llamado Palo Quemado, ubicado en jurisdicción municipal de Zipacón, alinderado como en los instrumentos aparece.

En el año de 1937, sin que la sociedad conyugal se hubiera liquidado legalmente y sin autorización, ni intervención, ni confirmación de la cónyuge Zamora de Ochoa, su marido Gabriel Ochoa, obrando por sí solo y como si fuera dueño exclusivo del inmueble referido, lo vendió a Bitelma Burgos de Carrillo por medio de la escritura pública número 498, otorgada ante el Notario de Facatativá el 16 de agosto de ese año.

Con fundamento en estos hechos y en que la finca vendida por el marido pertenece a la sociedad conyugal insoluta e ilíquida cuya gerencia no ejerce ya exclusivamente el cónyuge vendedor, en libelo de fecha 7 de julio de 1942, repartido al Juzgado 1º del Circuito de Facatativá, Plácida Zamora de Ochoa demandó a Bitelma Burgos de Carrillo personalmente y como representante de la sociedad conyugal formada con su marido Eleazar Carrillo, para que en sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare:

Como súplica principal, que se decrete la nulidad de la escritura número 498 del 16 de agosto de 1937, de la Notaría de Facatativá, por medio de la cual Gabriel Ochoa vendió a la demandada la finca de Palo Quemado y la nulidad e inexistencia del contrato de venta, y consecuencialmente se decrete a favor de la actora la reivindicación o restitución del inmueble, con sus frutos naturales y civiles.

Como primera súplica subsidiaria, que se decreten la nulidad e inexistencia parciales, o sea la mitad, del contrato referido con las mismas consecuenciales de reivindicación y restitución de la mitad del inmueble y frutos.

Como segunda súplica subsidiaria, se pide lo que en seguida se copia textualmente por versar sobre este pedimento el estudio del recurso: "Que se decrete la nulidad e inexistencia de la escritura y del contrato número 498 de 16 de agosto de 1937, de la Notaría de Facatativá, y consecuencialmente la reivindicación o restitución de la finca 'Paloquemao' alinda da en el punto primero de la demanda principal, en forma total, a favor de la sociedad conyugal formada entre la suscrita y mi esposo señor Gabriel Ochoa Z., y que en la misma forma se decrete el pago de los frutos naturales y civiles, y las costas del juicio".

Como tercera súplica subsidiaria, que se decrete la nulidad e inexistencia del contrato y que consecuencialmente la demandada, o la sociedad conyugal formada por la demandada y su esposo, o ambos juntos, deben restituír a la sociedad conyugal de la actora y su marido, la mitad del predio y frutos de Paloquemao.

Y como petición final subsidiaria, que se condene a la demandada o a la sociedad conyugal formada con su marido a restituírle directamente a la demandante la mitad del valor o precio de la finca y sus frutos.

Se opuso la demandada a las pretensiones de la actora, y tramitado el juicio en legal forma, lo decidió en primera instancia el Juzgado del Circuito en sentencia de 1º de diciembre de 1943, declarando

que no hay lugar a decretar los pedimentos principales ni subsidiarios de la demanda y absolviendo, por tanto, al demandado, por considerar que estaba afectada de ilegitimidad la personería sustantiva de la parte opositora por no haberse incluído en la demanda de nulidad de la venta al vendedor Ochoa.

Sentencia acusada

Por apelación de ambas partes — la demandada en lo que respecta a condena en costas, — subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial que al término de la actuación del grado lo decidió definitivamente en sentencia del 11 de diciembre de 1944 en la que se revocó la apelada, y, acogiendo la segunda súplica subsidiaria, decretó la restitución del predio de Paloquemao con sus frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda, a favor de la sociedad conyugal Ochoa-Zamora, representada por la cónyuge demandante.

Se declararon improcedentes los pedimentos de la demanda principal y los de la primera, tercera y cuarta de las subsidiarias y no se hizo condenación en costas.

La motivación de este falló consiste, en síntesis, en que perteneciendo la finca de "Paloquemao" a una sociedad conyugal formada con anterioridad a la ley 28 de 1932 y no liquidada, el marido no podía disponer de ella libremente como en el antiguo régimen patrimonial matrimonial del código, sino que era necesario el consentimiento de los dos cónyuges, y que habiendo vendido solamente el marido, la mujer, con legítimo interés de socia y en representación social, podía demandar directamente al comprador con acción de reivindicación, que es la que en definitiva se ha ejercitado en la demanda, para hacer regresar al patrimonio de la sociedad conyugal el predio vendido. Considera el Tribunal, de acuerdo con copiosa jurisprudencia de casación al respecto, que lo ocurrido en el caso del pleito es una venta de cosa ajena, que no puede perjudicar los derechos del verdadero dueño, a quien le es inoponible, y que, por tanto, sobra y es inútil la petición de la demanda enderezada a obtener la nulidad del contrato de venta.

Los demás fundamentos del fallo están fuera del interés del recurso.

El recurso

El recurso de casación, interpuesto por la parte demandada y listo ya para recibir decisión, se apoya en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J.

El argumento esencial de la acusación, válido para ambas causales, se hace consistir en que la intención de la parte demandante, claramente manifestada en los términos de su libelo, es la de obtener la nulidad del título o escritura número 498 otorgada ante la Notaría de Facatativá el 16 de agosto de 1937, y sólo como consecuencia, como acción sucesiva y condicional, se pide la reivindicación del inmueble de "Paloquemao". El Tribunal, al separar las dos acciones y considerar como principal la de dominio, interpretó con error de hecho la demanda, lo cual lo indujo a violar el numeral 3º del artículo 209 del C. J. "Se quebranta igualmente de manera directa — dice el recurrente, — el precepto del artículo 343, ibidem, porque si las acciones instauradas en la segunda demanda subsidiaria, no son acumulables en la forma en que el sentenciador lo estima, fuerza sería colegir de ahí que se demandó de un modo indebido, que existe una ineptitud sustantiva de la demanda y en ese evento lo natural era que el Tribunal hubiera reconocido la excepción perentoria que ese hecho origina y en acatamiento al ordenamiento sustantivo que se acaba de mencionar. A consecuencia de las infracciones legales apuntadas, el Tribunal tenía que llegar lógicamente, como llegó, a hallar procedente y comprobada la acción reivindicatoria, y con su decisión llegó a quebrantar también, de manera indirecta, los artículos 946, 950, 951, 952 y 1871 del C. C., por haberlos aplicado al presente litigio sin ser el caso de hacerlo".

Por lo que hace al motivo segundo, dice la demanda que el sentenciador se colocó en situación jurídica distinta de la planteada por las partes, de la que surge con claridad meridiana de la litis contestación, puesto que dejó de resolver expresamente sobre la acción de nulidad y se concretó a la reivindicatoria que no fue interpuesta como acción procesal independiente.

La identidad de fundamento permite considerar conjuntamente las dos acusaciones.

La segunda de las peticiones subsidiarias de la demanda única acogida en la sentencia y atrás copiada, tiene su fundamento en los siguientes hechos básicos de la acción que le señalan exactamente su contenido y finalidad y cuya transcripción destaca visiblemente la sinrazón con que se le imputa al fallo recurrido falta de correspondencia con la demanda y la acción en ella incoada:

"Que los terrenos comprados a Primitivo Pinto por mi esposo Gabriel Ochoa fueron adquiridos por él durante la sociedad conyugal formada conmigo. Que consecuencialmente la finca de "Paloquemao" pertenecía y pertenece hoy a la sociedad conyugal Ochoa-Zamora. Hasta el 31 de diciembre del año

de 1932 el esposo era administrador de la sociedad conyugal, y por tanto podía disponer libremente de los bienes sociales que él adquiriera. Pero del 1º de enero de 1933 en adelante ya el esposo no podía disponer libremente de los bienes sociales, ni mucho menos obligar a la sociedad, de acuerdo con la ley 28 de 1932. De manera que mi esposo Gabriel Ochoa por medio de la escritura número 498 de 16 de agosto de 1937 vendió a la señora Vitelma Burgos de Carrillo la finca de "Paloquemao" que pertenecía y pertenece a nuestra sociedad conyugal y por tanto mi esposo vendió cosa ajena. Que yo no firmé la escritura de venta a favor de la señora Burgos de Carrillo y por lo mismo el contrato no tiene por qué producir efectos contra mí, máxime cuando yo no he recibido ni un centavo por ese concepto. Como mi esposo vendió el terreno de "Paloquemao" sin mi consentimiento, y todavía más, lo entregó a la demandada, es el caso de que se restituya a mi favor, o a favor de nuestra sociedad conyugal, todo el terreno en cuestión....."

Aludiendo la Corte a ciertas normas que la ley establece sobre la base del artículo 205 del C. J. y dentro de las cuales pueden moverse tanto las partes como el juzgador para determinar el verdadero contenido y alcance de los litigios, ha dicho: "Todo lo anterior significa que no es una regla rígida e intocable la que se da al juzgador en la demanda, como base de un juicio, como tampoco que sea un criterio mecánico el que debe guiar al Juez no sólo en la aplicación de la ley, sino en la interpretación de la demanda; por eso en muchos fallos ha dicho esta Corte que una demanda es susceptible de interpretación siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del libelo, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que se apoya. Es el estudio del derecho impetrado, dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro modo, el más simple error de detalle en una demanda, prevalecería sobre un derecho demostrado en el juicio". (G. J., Tomo XLV, página 307).

En el caso de este pleito, las expresiones de su libelo inicial son precisas en forma, que sin necesidad de ninguna interpretación se ve que la sentencia que lo decidió está bien moldeada sobre las bases y finalidad que se le dieron a la litis. No hay ninguna razón, pues, para atribuírle al Tribunal quebranto de ley por concepto de acumulación ilegal de acciones incompatibles, ni omisión en el estudio de las ejercitadas, ni violación de fórmulas del enjuiciamiento por desarmonía entre lo decidido y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de diciembre de 1944 que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

CULPA Y RESPONSABILIDAD

Sea por la estrecha vinculación entre la culpa y la responsabilidad, sea por el auge de la teoría del riesgo creado, sea por ambos motivos o cualesquiera otros, ello es que esos dos vocablos culpa y responsabilidad suelen usarse indistinta y promiscuamente, al extremo de establecer entre ellos algo así como sinonimia, a despecho de su incuestionable diferencia. La Sala, que en ocasiones ha incurrido en la distracción de expresarse en forma ocasionada a tomar una de esas palabras por la otra y, con ellas, las nociones respectivas, en fallos recientes en que ha tenido que disertar sobre esos temas, ha puesto la mayor atención en distinguir entre la culpa, como generadora de responsabilidad, y ésta como su efecto, por donde queda en claro que lo presumible dentro del artículo 2356 es la culpa, de la cual, en su caso, habrá o no de deducirse responsabilidad, ya la directa del autor del daño únicamente, ya la indirecta del padre, del guardador, del empresario, etc., por el hecho del hijo, del pupilo, del dependiente, etc. Pero aún en las aludidas sentencias en que analizando el artículo 2356, se dijo que la presunción contenida en él es de responsabilidad, el contexto mismo de esos fallos hacía ver que esa presunción es de culpa, entre otras razones porque ellas no dejaron de advertir la relación de causa a efecto entre ésta y aquélla, de suerte que siempre que hallaron responsabilidad fue en virtud de haber hallado culpa.

De otro lado, ese concierto y la circunstancia de partirse siempre del concepto de que esa presunción admite prueba en contrario, hace ver con toda evidencia que tal presunción no es de derecho sino legal, tal como rige y define una y otra el artículo 66 del Código Civil.

De ordinario la carga de la prueba pesa sobre el demandante: onus probandi incumbit actori. **De ahí que tratándose de culpa de donde se derive la responsabilidad del demandado y la consecuencial obligación de indemnizar, el actor haya de probar esa culpa. Excepcionalmente lo libra la ley de esta carga presumiendo la culpa en actividades como las de que trae ejemplos adecuados a la época de su adopción y promulgación el citado artículo 2356, y como quien tiene a su favor la presunción echa a su contrario la carga de la prueba, en los casos de la índole a que acaba de aludirse es del demandado esa carga. Exonerada de ella la víctima, tiene abierto el camino la eficacia de su derecho, comprometida y aún atajada muchas veces por las dificultades de costo u otras opuestas a la consecución y levantamiento de comprobantes. Esto hace ver cuán justificadamente obró nuestro legislador al establecer la presunción en referencia.**

La Corte, al propio tiempo que insiste en dar al artículo 2356 la inteligencia varias veces recordada, de la cual no halla motivo para apartarse y antes bien cada día los tiene para corroborarla, no puede menos de abstenerse de regir por esa disposición legal los casos que en ella no están comprendidos. No incluír en una tesis jurídica lo no cobijado por ella, no es dejar de sostenerla. Como ya se dijo, en los casos en que la víctima de un siniestro o accidente puede acogerse al artículo 2356 y en que, por lo mismo, estando favorecida por la referida presunción de culpa puede afirmar la consecuencial responsabilidad y obtener indemnización, libre de la prueba de la culpa, si el responsable no logra desvirtuar la presunción, en los casos en que no hay el amparo de ésta, no está libre el actor de esa carga, es decir, de la obligación que por tesis general tiene todo demandante. Esta es la regla, aquella la excepción.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Al medio día del domingo 26 de mayo de 1940, estando atracado en el puerto de bombas que la Tropical Oil Company tiene en Calamar, se incendió el vapor Guayabito, unidad de la flota de ella en el río Magdalena para el tranporte de sus productos, y del siniestro resultó ahogado en el río el capitán

Nelson Renneberg, cuyos hermanos Enrique, William, Cristóbal y Christian Renneberg, Fanny de Nieto y Julia de Fascie, por medio de apoderado, en libelo de 1º de agosto de 1941 demandaron a aquella compañía para que se la declare civilmente responsable de esa muerte y se la condene a indemnizar a los demandantes los perjuicios morales y materiales que ella les ha producido. Demandan en su calidad de herederos del difunto, para sí, y subsidiariamente para la sucesión del mismo.

La compañía respondió oponiéndose por no existir la obligación que como de su cargo se le exige y haber cumplido la única que tenía, mediante el pago de los auxilios legales.

Surtida la instancia en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, se cerró con sentencia de 10 de abril de 1942 que declaró a la sociedad demandada civilmente responsable de la muerte del capitán Renneberg y la condenó a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y los morales objetivables según se fijaran conforme al artículo 553 del C. J., así como los causados por el daño moral de afección, que señaló en $ 1.800.00 para cada una, y las costas.

Apeló la compañía, y previa la tramitación legal, el Tribunal Superior sentenció el 10 de mayo de 1944 reformando el fallo del Juez y decidiendo el pleito, en suma, así: se descarta del grupo de demandantes a la señora Fanny por no ser suficiente la prueba del aludido parentesco; se mantiene en favor de los restantes la condena a indemnizarles los perjuicios morales subjetivos, reduciéndola a $ 500.00 para cada uno; se absuelve a la Compañía del pago de los perjuicios morales objetivables y de los materiales, en lo que hace a la acción principal, o sea, la ejercida por los demandantes personalmente; pero la condena a pagar los perjuicios materiales sobrevenidos al capitán Renneberg con motivo de su muerte, remitiendo para su fijación al citado artículo 553, y se declaran no probadas las excepciones propuestas. Todo ello con la modificación de que la muerte del capitán fue consecuencia del incendio. Sin costas en ninguna de las instancias.

Las partes interpusieron casación. Admitido el recurso de ambas y sustanciado con sus oportunas demandas y respuestas y alegación oral en audiencia pública, hoy la Sala lo decide.

El Tribunal se funda cardinalmente en el artículo 2356 del C. C., y, aunque en la presunción en éste contenida la estima de derecho, no deja de reconocer que es infirmable por fuerza mayor, caso fortuito o la intervención de elemento extraño, que puede ser la culpa de la víctima; analiza las pruebas referentes a estas excepciones y, hallándolas insuficientes, condena sobre la base de aquella presunción.

Múltiples son los cargos de las partes al fallo del Tribunal. Encontrando la Corte justificado el que pasa a estudiar, a él se limita, dejando de considerar los restantes por mandato del artículo 538 del C. J.

Ese cargo es el de quebranto de los artículos 2356 y 2341 del C. C. por aplicación indebida al caso del pleito.

Sea por la estrecha vinculación entre la culpa y la responsabilidad, sea por el auge de la teoría del riesgo creado, sea por ambos motivos o cualesquiera otros, ello es que esos dos vocablos **culpa** y **responsabilidad** suelen usarse indistinta y promiscuamente, al extremo de establecer entre ellos algo así como sinonimia, a despecho de su incuestionable diferencia. Esta Sala, que en ocasiones ha incurrido en la distracción de expresarse en forma ocasionada a tomar una de esas palabras por la otra y, con ellas, las nociones respectivas, en sus fallos recientes en que ha tenido que disertar sobre esos temas ha puesto la mayor atención en distinguir entre la culpa, como generadora de responsabilidad, y ésta como su efecto, por donde queda en claro que la presumible dentro del artículo 2336 es la culpa, de la cual en su caso habrá o no de deducirse responsabilidad, ya la directa del autor del daño únicamente, ya la indirecta del padre, del guardador, del empresario, etc., por el hecho del hijo, del pupilo, del dependiente, etc.

Pero aun en las sentencias anteriores aludidas en que, analizando el artículo 2356, se dijo que la presunción contenida en él es de responsabilidad, el contexto mismo de esos fallos hacía ver que esa presunción es de culpa, entre otras razones porque ellas no dejaron de advertir la relación de causa a efecto entre ésta y aquélla, de suerte que siempre que hallaron responsabilidad fue en virtud de haber hallado culpa.

De otro lado, ese contexto y la circunstancia de partirse siempre del concepto de que esa presunción admite prueba en contrario, hace ver con toda evidencia que tal presunción no es de derecho sino legal, tal como rige y define una y otra el artículo 66 del C. Civil.

De ordinario la carga de la prueba pesa sobre el demandante — **onus probandi incumbit actori.** — De ahí que tratándose de culpa de donde se derive la responsabilidad del demandado y la consecuencial obligación de indemnizar, el actor haya de probar esa culpa. Excepcionalmente lo libra la ley de esta carga presumiendo la culpa en actividades como las de que trae ejemplos adecuados a la época de su adopción y promulgación el citado artículo 2356, y como quien tiene en su favor la presunción echa a

su contrario la carga de la prueba, en los casos de la índole a que acaba de aludirse es del demandado esa carga. Exonerada de ella la víctima, tiene abierto el camino la eficacia de su derecho, comprometida y aun atajada muchas veces por las dificultades de costo y otras opuestas a la consecución y levantamiento de comprobantes. Esto hace ver cuán justicieramente obró nuestro legislador al establecer la presunción en referencia.

Si por ejemplo en el incendio de que aquí se trata hubiera un extraño a la empresa recibido lesiones, aprovechando la presunción de culpa correspondiente a la peligrosidad de la actividad en cuestión, que es la de navegar transportando gasolina, habría podido demandar a la empresa para que lo indemnizara haciéndole efectiva la responsabilidad nacida de esa culpa, sin tener que comprobar ésta por estar legalmente presumible. Así se ve el alcance de la presunción que esta Sala reconoce establecida por el artículo 2356. Abierto quedaría el campo a la empresa para desvirtuar la presunción mediante un esfuerzo probatorio por exonerarse de la culpa presunta de donde se le deriva su responsabilidad. Y ésta, que es el efecto, desaparecería con aquélla, que es la causa, en el evento de éxito favorable de tal esfuerzo probatorio. Desde este punto de vista, la inteligencia hallada al artículo 2356 sobre que contiene o establece dicha presunción, lo que significa es sencillamente la inversión de la carga de la prueba, que es lo que ocurre con las presunciones, ya que quien la tiene a su favor echa a su contrario tal carga.

Ahora bien: ese artículo 2356 no reza entre la empresa y sus empleados o dependientes, que la integran. Cuando se trata de persona que tiene la representación de la empresa, que es como ésta en acción, que por decirlo así la personifica, como sucede con el capitán de una nave, no cabe pensar en la dualidad o separación que permita considerar el uno y la otra como enfrentados entre sí tratándose de sucesos acaecidos dentro del servicio mismo y de los deberes de tal cargo, sobre cuyo cumplimiento en él descansa la empresa porque se los delega y la ley se los impone. En tal situación puede decirse que la empresa los ha cumplido o no, precisamente según los haya o no cumplido tal empleado, aquí el capitán.

Así las cosas, afirmar los demandantes mismos que el capitán Renneberg cumplió sin la menor falta y con máximo celo sus obligaciones, es afirmar esa parte litigante que ellas fueron así satisfechas por la Compañía. Hasta la materialidad misma de lo habitual y constante de una navegación, así lo persuade puesto que el capitán es, en el hecho, la empresa misma en ejercicio de su actividad, esto es, en la organización interna de la nave, en la marcha y estado de ésta, en su administración y servicio, en sus relaciones con pasajeros y carga y con las autoridades, etc.

Por tanto, la Corte, al propio tiempo que insiste en dar al artículo 2356 o reconocerle la inteligencia ya varias veces aquí recordada, de la cual no halla motivo para apartarse y antes bien cada día los tiene para corroborarla, no puede menos de abstenerse de regir por esa disposición legal los casos que en ella no están comprendidos. No incluír en una tesis jurídica lo no cobijado por ella, no es dejar de sostenerla. Como ya se dijo, en los casos en que la víctima de un siniestro o accidente puede acogerse al artículo 2356 y en que, por lo mismo, estando favorecida por la referida presunción de culpa puede afirmar la consecuencial responsabilidad y obtener indemnización, libre de la prueba de la culpa, si el responsable no logra desvirtuar la presunción, en los casos en que no hay el amparo de ésta, no está libre el actor de esa carga, es decir, de la obligación que por tesis general tiene todo demandante. Esta es la regla, aquélla es la excepción.

Si, pues, en este pleito la parte actora no cuenta con la presunción de culpa de la parte demandada establecida en el artículo 2356, el Tribunal, al tratar y decidir el litigio con esta disposición por base y en el concepto de que a la luz de ella debe aquél decidirse, aplicó indebidamente esa disposición y, así, la quebrantó junto con el artículo 2341 del mismo Código.

Roto, por ende, el fallo recurrido, procede indagar si la culpa de la compañía está o no comprobada, como clave de la resolución con que aquél ha de reemplazarse, según el artículo 538 del C. J.

El vapor Guayabito tenía botes o planchones anexos, entre ellos, a la proa, el E-22, en el cual comenzó el incendio.

Llama la atención poderosamente la circunstancia de que en el momento de comenzar éste, el buque y sus botes estaban atracados, quietos, sin maniobra ni intervención alguna de empleados, o tripulantes, o particulares. La demanda en su hecho quinto dice que el incendio se causó debido a que del bote tanque E-22, que "era uno de los tres remolques de proa, empezó a brotar una pluma de gasolina en forma súbita, repentina e imprevista, la cual fue aumentando rápidamente en intensidad hasta convertirse en un verdadero chorro. A causa del intenso calor o por cualquiera otra causa desconocida, el líquido se inflamó produciendo el incendio....., sin que hubiera podido ser contenido, no obstante los esfuerzos desarrollados con grande actividad por el

capitán Renneberg y la tripulación del barco". El Tribunal en varios pasajes de su sentencia afirma la diligencia y cuidado de la Compañía; uno de ellos dice: "En lo tocante a otros puntos, la prueba es plena sobre que los buques fluviales de la Tropical, y en especial los que se usan para el transporte de gasolina, gozan de extinguidores o aparatos para apagar incendio y son mantenidos por la Compañía con marcado esmero y cuidado....."

Los demandantes afirman (hecho sexto del libelo) que el bote tanque E-22 "se hallaba en los momentos de ocurrir el siniestro completamente repleto de gasolina, de propiedad de la Tropical Oil Company, con destino a la ciudad de Barranquilla".

Ese bote tenía una capacidad de 320.000 kilos y llevaba el día del siniestro 257.859.56. Quedaba, pues, un margen de más de 62.000 kilos.

En el diario de navegación consta, bajo la firma del capitán Renneberg y con cita del Decreto 1661 de 1933, que en Galán el jueves 23 de mayo se procedió a situar los botes convenientemente y a conectar mangueras para la gasolina a las doce, y que a las dos de la tarde, previo permiso fluvial, principió el bombeo para los botes, y que el viernes 24 a las cinco y cuarenta y cinco de la mañana zarparon aguas abajo, también "previo permiso fluvial" de acuerdo con ese Decreto.

Este requiere para el permiso de zarpe certificado previo del Inspector Técnico sobre que las embarcaciones "se hallan en perfecto estado de navegar" y exige a los inspectores para expedir esa certificación que observen si cada vehículo mantiene listos y en perfecto estado para cualquier caso de incendio o de ruptura del casco, etc., las bombas, mangueras, extinguidores..... y demás elementos indispensables para todo salvamento, de todo lo cual el inspector debe cerciorarse **personalmente.**

El Inspector Fluvial de Calamar, puerto a que en la madrugada del 26 de mayo había llegado el Guayabito, concedió permiso para el zarpe, ese día, con el estudio previo del caso.

Dicho decreto impone al Capitán la obligación de practicar diariamente una cuidadosa inspección de todas las dependencias del buque a su mando, en compañía de ciertos empleados, "a quienes hará las observaciones necesarias sobre las faltas en que se haya incurrido y sobre las medidas de seguridad que el barco requiera".

El Código de Comercio Marítimo, nimio y severo en cuanto a las obligaciones del Capitán, como se ve, por ejemplo, en su artículo 90, le impone el cuidado de que no cargue la nave más de lo que corresponda a su arqueo.

Ante las disposiciones de este Código y del decreto citado y, en vista de los antecedentes inmediatos desde la carga en Galán hasta el permiso oficial del zarpe de Calamar, no puede hallarse culpa en lo que atañe a la cantidad de gasolina que llevaba el bote tanque E-22 al sobrevenir el siniestro.

Tampoco puede hallársela en la circunstancia de no estar renovada para esa fecha la patente de navegación del mismo bote.

Estas se expiden anualmente; de modo que siendo la de ese bote de 16 de mayo de 1939, estaba vencida el 26 de mayo de 1940. Pero este detalle no puede tomarse aisladamente para deducir de sólo él un concepto de culpa de la Compañía. Las autoridades respectivas conceden días de prórroga en forma general, sin duda por la imposibilidad de precisión en horarios y fechas de la navegación en el río Magdalena, de donde se derivan retrasos. Además — y esto es de señalada importancia — la inspección o revisión de las embarcaciones no se hace de año en año al renovar la patente, sino otras veces dentro de cada año. Y así el planchón E-22, según certificado de la Intendencia de la Navegación Fluvial en Barranquilla, "fue reconocida por esta Sección el día 9 de abril de 1940, encontrándose en perfecto estado".

Es claro que lo interesante y decisivo no es la patente en sí o su expedición o renovación, como lleno de una formalidad, sino los hechos mismos a cuya comprobación ella se encamina, siendo así que de lo que se trata es de indagar si la Compañía observó una conducta prudente y diligente o si incurrió en un error de conducta que la haga culpable. Y no puede hallarse este error en no haberse renovado la patente antes del 16 de mayo, siendo así que consta que el planchón se había revisado por la autoridad correspondiente y declarádose en perfecto estado el día 9 del precedente abril, fecha reciente, sobre todo al comparar con el año que la patente dura.

La Sala se ha detenido en el estudio de lo antedicho sobre carga y zarpe y sobre la patente, porque el Tribunal encuentra en la demora de renovación de ésta y en el exceso de carga afirmado por los demandantes, ya la prueba de culpa de la Compañía, ya un estorbo para aceptarle su afirmación de estar descargada de culpa. Esto último, dentro del concepto, corregido aquí, de que el pleito haya de decidirse a la luz del artículo 2356. Hasta sobra repetir que, no siendo éste el caso, es decir, no habiendo culpa presunta, ésta debía comprobarse por los actores ahora.

Aun en las controversias sobre accidentes colocados dentro de esa disposición, la Sala ha hecho pre-

sente que el demandante puede excepcionar de caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño; con más veras, si posible, ha de ser ello así cuando, no mediando la aludida presunción de culpa, no se trata de desvirtuarla el demandado sino de que el demandante la demuestre.

Estando la clave del litigio en la responsabilidad atribuída por el actor al reo y naciendo ella de la culpa de éste, al concluírse del precedente estudio que no hay tal culpa, la absolución se impone.

Es de advertirse que las consideraciones sobre inaplicabilidad del artículo 2356 a las relaciones contenidas en este pleito entre la Compañía demandada y el capitán Renneberg. no son tema tratado en esta forma por primera vez hoy, pues entre otros antecedentes tiene el de la sentencia de la Sala de Negocios Generales pronunciada el 8 de noviembre de 1944 en un caso no idéntico, pero sí tan análogo al presente, que las reflexiones de ella corresponden a la de hoy **mutatis mutandi.**

De las de esta Sala de Casación aquí aludidas sobre responsabilidad directa e indirecta y por las cosas inanimadas y particularmente sobre inadmisibilidad ante nuestra ley de la teoría del riesgo creado y sobre la distinción entre presunción de responsabilidad y presunción de culpa, es de citarse por su pertinencia la de 7 de diciembre de 1943. (G. J., Tomo LVI, páginas 339 a 344).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro y revocando la del Juzgado 3º Civil de este Circuito de diez de abril de mil novecientos cuarenta y dos, falla este pleito así: absuélvese a la compañía demandada de todos los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.), **Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas, — Pedro León Rincón,** Srio. ppdd.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO.— APRECIACION DE INDICIOS

Como lo ha dicho la Corte en varios fallos, "los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos, y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación". También dijo la Corte que "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".

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Historia de la controversia

Por escritura pública número 196 de doce de julio de mil novecientos treinta y siete, Raimundo Granada vendió a su hermano Graciniano Granada una finca denominada "Valparaíso", por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) que el vendedor "declaró tener recibida a su entera satisfacción".

Y por escritura número 197 del mismo día, mes y año y otorgada en la misma Notaría, que es la de Circasia, Graciniano Granada se reconoció deudor de Raimundo Granada por la cantidad de nueve mil pesos ($ 9.000.00), "procedente de mayor suma en que le ha comprado una finca", según dice la escritura; y para garantizar el pago, en esa misma escritura el deudor constituyó hipoteca sobre un lote de terreno conocido con el nombre de "Piamonte" y sobre un solar con casa de habitación, ubicado en el área urbana de la ciudad de Armenia.

Unos veinte meses después de otorgadas las dos escrituras murió la señora María Enriqueta Giraldo, esposa del comprador Graciniano Granada y se abrió el juicio de sucesión correspondiente.

También falleció poco después el vendedor y acreedor hipotecario Raimundo Granada.

Un año más tarde el curador **ad-litem** de los hijos de Graciniano demandó en juicio ordinario a este mismo y a la sucesión de Raimundo Granada (representada por sus hermanos), para que se declarara "que son absolutamente inexistentes y, por consiguiente carecen de todo valor legal, por ser simulados, los contratos aparentes u ostensibles que, con el carácter de principal el uno y de accesorio de hipoteca el otro, constan en la escritura pública número 197 de doce de julio de mil novecientos treinta y siete....."; y subsidiariamente demandó que se declararan nulos, de nulidad absoluta, por carencia de causa lícita y real, esos mismos contratos principal y accesorio de hipoteca.

El curador de los menores afirma en su libelo que el contrato de hipoteca y el principal a que éste accede, contenidos en la escritura pública número 197 "fueron pactados simuladamente entre los contratantes Graciniano y Raimundo Granada". Y agrega: "La causa o razón que indujo a ambos a firmar tal contrato fue el temor del pseudo-deudor Graciniano de verse envuelto en una reclamación judicial de gananciales en vida de su cónyuge, la madre de los menores....."

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Civil del Circuito de Armenia desató el litigio por sentencia en que se declara probada la excepción perentoria temporal de "falta de interés jurídico actual en las pretensiones de la parte actora".

Se funda dicho fallo en lo siguiente: el curador de los menores Granada-Giraldo demandó para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por Graciniano Granada y María Enriqueta Giraldo, y para la sucesión de la prenombrada María Enriqueta, "o para alguna de estas entidades"; pero ante el Juzgado no se comprobó legal y debidamente el matrimonio de Graciniano y María Enriqueta ni por consiguiente la existencia de la sociedad conyugal por ellos formada; por lo cual consideró el Juez que no se sabe si el crédito hipotecario incluído en el acta de inventarios y avalúos de la mortuoria de Ma-

ría Enriqueta Giraldo de Granada debe o no pesar sobre sus herederos, o sea los demandantes, ya que dicho crédito no fue constituído por la causante sino por persona distinta, Graciniano Granada: y como no se hallaba demostrada la existencia de la sociedad conyugal, no había fundamento legal para considerar que el crédito afectaba a los herederos.:

Apelado el fallo de primera instancia, en el término probatorio de la segunda se subsanó la deficiencia hallada por el Juez, de manera que el Tribunal Superior de Pereira tuvo que entrar en el estudio del fondo mismo de las acciones propuestas.

La sentencia recurrida

El Tribunal analiza la tesis de simulación del contrato, a la luz de las pruebas levantadas; hace presente cómo el actor adujo copia del auto que abrió el juicio sucesorio de María Giraldo, esposa de Graciniano Granada, y copia de los inventarios, donde figura el crédito hipotecario en el pasivo; copia del auto que abrió el juicio de sucesión de Raimundo Granada y de los inventarios, donde aparece el crédito en el activo de esta mortuoria; certificado del registrador de instrumentos públicos de Cartago; copia de las escrituras números 196 y 197 en las cuales constan los dos negocios pactados entre Graciniano y Raimundo Granada; declaraciones de varios testigos tendientes a establecer que este último "era parrandista, amigo de licores, generoso y derrochador de dinero"; otras que versan sobre posibles producidos de la finca denominada "Valparaíso"; y un tercer grupo de declaraciones, con cuyo dicho se trató de establecer que los ngeocios a que se refieren las escrituras números 196 y 197, "no son de recibo común y sí inaceptables por lo extrañas".

De ese análisis concluyó el Tribunal que no estaba probada la simulación y, en consecuencia, previa revocatoria del fallo del Juez, absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

El recurso

Ante la Corte ha invocado la parte demandante y vencida en las instancias, la causal primera de casación del artículo 520 del Código Judicial, "en los dos aspectos que le dan los incisos que definen dicha causal, esto es, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y por violación de leyes sustantivas".

El recurrente considera que el Tribunal desestimó, indebidamente, la prueba resultante de cada uno de los tres grupos de declaraciones de testigos aducidos al juicio; y que por esa indebida apreciación, violó el artículo 665 del Código Judicial, relativo al valor de plena prueba que tienen los indicios no necesarios, cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí; y que violó los artículos 1766 y 1759 del Código Civil al fallar el litigio sin reconocer la existencia de la contraestipulación respecto de lo pactado en la escritura pública número 197.

La demanda de casación es muy concreta y consta de un solo capítulo, atinente a la causal primera, capítulo que termina así:

"Considero, que no es el caso de entrar a acusar el fallo por el otro extremo de la demanda o sea la inexistencia de la causa, pues si la simulación se encuentra demostrada esto es suficiente para la casación del fallo, y si no lo está, tampoco aparecería la falta de causa toda vez que se hizo descansar en los mismos motivos de la simulación".

Examen de los cargos

El párrafo transcrito de la demanda de casación circunscribe el estudio que debe hacer la Corte al problema de la simulación; y los cargos formulados en tres apartes del mismo alegato contra la estimación hecha por la sentencia del valor probatorio de cada uno de los tres grupos de testimonios producidos por la parte actora también concreta el examen de la Corte al punto de violación de la ley sustantiva por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

Considera el recurrente que hubo error del Tribunal en la apreciación de los testimonios de Emilio Londoño, Juan de Dios Giraldo y Julio Giraldo, quienes hablan de que Graciniano Granada daba muy mala vida a su esposa, por lo cual ella continuamente le amenazaba con que pediría separación de bienes; y dice: "esas declaraciones inducen la existencia de un indicio de que Graciniano quisiera poner en seguridad sus bienes y para esto hipotecara sus haberes en forma simulada".

Acerca de las declaraciones de Ignacio Rojas, Manuel Arias, Bernardo Cardona, Marcos Sánchez y Rubén Agudelo, considera el recurrente que de ellas "resulta la prueba de que Raimundo Granada, hombre amigo de la farra, no podía gastar mensualmente menos de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), cantidad que bien podía darle la finca "Valparaíso", por lo cual se hace inexplicable que vendiera dicha propiedad y colocara el dinero en una forma tan inexplicable como la que reza la escritura número 197..... reduciendo sus entradas a la ínfima suma de ochenta pesos ($ 80.00) mensuales".

Y en cuanto a la apreciación de los testimonios de Alfredo Jaramillo y Rafael Duque H., la demanda

de casación hace presente que estos señores, hombres de negocios y salientes personalidades de la sociedad de Armenia, "afirman que nunca han visto celebrar un negocio de tal naturaleza a menos que esté loco el vendedor o que quiera hacer una donación disfrazándola bajo otra forma".

"De las deducciones hechas en las letras anteriores, concluye el recurrente, resulta que hay en el proceso buen número de pruebas desatendidas por el Tribunal que permiten afirmar la existencia de indicios claros, distintos y vehementes de que al otorgarse la escritura número 197 sólo se quiso fingir un contrato y que al lado del que reza dicho instrumento existió el que realmente se hizo, de que Raimundo cancelaría el crédito tan pronto como Graciniano se lo exigiese".

Sobre estos cargos la Corte considera:

Ninguno de los tres grupos de testigos depone por conocimiento directo o personal acerca de la simulación del crédito hipotecario, ni dicen haberles oído declarar a los contratantes que el contrato fuera simulado: con aquellos grupos de testigos apenas se propuso el actor establecer otros tantos indicios de la simulación, a saber, el interés que tenía Graciniano de fingirse deudor hipotecario, por las amenazas de separación de bienes que su mujer le hacía; lo inverosímil de que Raimundo se propusiera hacer un negocio ruinoso para él; y lo desatinado del negocio, explicable sólo por locura del vendedor o por deseo de hacerle una donación al comprador, disfrazándola bajo la apariencia de otro contrato.

Nótese ante todo que en este proceso se ha discutido solamente la simulación del contrato de hipoteca, no la del contrato de compraventa; y adviértase además que el Tribunal analiza en su sentencia no solamente los tres indicios de simulación resultante de la prueba testimonial, sino también otros, basados en las demás pruebas, verbi gratia, el cotejo entre los patrimonios de Raimundo y Graciniano Granada y el hecho de que éste, según los certificados de registro de Cartago, no tenía más inmuebles que la finca de "Valparaíso". El estudio de todos los indicios llevó al Tribunal a la conclusión de que ellos no lo convencen de haber sido simulado el contrato de hipoteca. Y no se limita el sentenciador a contemplar los indicios en pro de la simulación, sino que para desechar esa prueba, hace mérito de otras presunciones en sentido contrario.

Para el Tribunal lo que ocurrió, bien que lo presenta sólo por vía hipotética es que la deuda de nueve mil pesos ($ 9.000.00) de Graciniano en favor de Raimundo proviene del precio de la compraventa de "Valparaíso", realizada por escritura inmediatamente anterior a la de hipoteca y otorgada en la misma fecha, ante el mismo Notario y por los mismos contratantes.

Sea de ello lo que fuere, en casación tan sólo se ha impugnado la sentencia por haber desatendido la prueba testimonial y por no haberle atribuído el valor probatorio que el recurrente estima que debiera habérsele asignado.

Pero la circunstancia misma de que la tesis de la simulación se haya fundado en el presente caso no en la confesión, ni en prueba literal, sino sólo en indicios, está haciendo ver que al considerar el Tribunal no demostradas las pretensiones de la parte actora, no lo hizo por desestimación de la prueba testimonial, sino porque apreció insuficientes para condenar los indicios establecidos con las declaraciones de los testigos.

Como el mismo recurrente reconoce que los indicios, en el caso de que se trata, no son necesarios, queda descartada la idea de error que por ser evidente pudiera considerarse que aparece "de modo manifiesto en los autos".

Y puesto que la prueba es meramente indicial, y de indicios no necesarios, la subestimación hecha por el sentenciador de instancia no puede ser rectificada por la Corte en casación, pues al hacerlo se erigiría en una especie de Tribunal de tercera instancia.

Como la Corte ha dicho en otros fallos, "los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación". (Sentencia de 30 de octubre de 1935, Gaceta Judicial, tomo 43, página 327). Y en otra parte: "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". (Sentencia de 1º de diciembre de 1938, Gaceta Judicial, tomo 47, página 461).

En el caso sobre que versa el presente recurso los testimonios no son prueba directa sino apenas indirecta de la simulación, puesto que sólo se han aducido para demostrar los indicios. Y en virtud de las consideraciones expuestas, la Corte no podría estimar, ni menos aseverar que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar los indicios. No debe ol-

vidarse que tratándose de simulación de un acto efectuado por medio de escritura pública, para desvirtuar ésta se necesitaría una contraprueba de igual fuerza y categoría; y la de indicios de valor más o menos discutible y que la crítica del Tribunal encontró fallidos, está muy lejos de ser esa prueba suficiente para desvirtuar las declaraciones hechas por las partes, en forma solemne, en la escritura pública número 197 pasada ante el Notario público de Circasia el 12 de julio de 1937.

Por lo expuesto y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira fechada el veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, que absuelve a la parte demandada, sucesión de Raimundo Granada y personalmente Graciniano Granada, de los cargos formulados en la demanda del curador de los menores hijos de éste.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD. — CAUSAL SEXTA DE CASACION.—SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DEL DICTAMEN PERICIAL

1. — Fundándose la causal sexta en nulidades adjetivas del procedimiento judicial, el estudio de dicha causal, cuando se propone, debe ser previo respecto de la primera, que mira al fondo de la acción y supone la validez del juicio.

2. — De acuerdo con los artículos 721 y 723 del Código Judicial queda a la soberana apreciación de los tribunales la valoración de la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a inferencias, cálculos e hipótesis se refiere, en consideración a los múltiples y variados factores de hecho que en cada caso intervienen, muchos de los cuales lejos de ser objetivos, pertenecen al fuero de la conciencia del juzgador, quien a través de la sana crítica les atribuye la importancia que en su concepto merecen. De consiguiente, la Corte en casación no puede contraponer su convicción a la que haya formado el Tribunal a través de la prueba pericial sobre hechos que no son de aquellos sujetos a los sentidos, sino conclusiones dependientes de juicios personales formados con el auxilio de la experiencia y el conocimiento del oficio, arte o profesión del perito, en mérito de los cuales se le ha llamado a colaborar con el juez en el impartimiento de la justicia. De ahí que la Sala haya proclamado siempre la imposibilidad legal de encontrar error evidente de hecho, para los efectos del recurso de casación, en la estimación que el tribunal le haya dado al dictamen pericial en lo referente a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones. Podrá haberse equivocado el juez en tal estimación, pero el error en ese caso no es de aquellos que se ofrezcan con abultados caracteres, dado que en materia de calcular probabilidades nada es evidentemente cierto y absoluto.

Los artículos 721 a 723 de la ley de procedimientos judiciales regulan en términos generales el sentido probatorio del dictamen pericial, según que verse sobre cifras numéricas o sobre cuestiones técnicas, pero en todo caso le dejan al juez margen para pesar las razones que contenga en vía de fundamentación, pues el legislador pretende hacer del experticio, antes que prueba de aplicación mecánica, elemento de información y auxilio para el juez. Tales artículos no imponen al juez pauta para apreciar la prueba en determinado sentido, porque ello sería constreñirlo a formar siempre y sistemáticamente determinada convicción, con menosprecio de la que espontáneamente pueda él concebir teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias peculiares de cada medio probatorio.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Ramón Pereira, Martín Rojas y Juan Beltrán Jaimes hablando este último en nombre y representación de su menor hijo Ubaldo Beltrán, y los dos primeros en nombre propio, le otorgaron poder especial al doctor Oscar H. García, para que demandara judicialmente a la sociedad colectiva Lequerica Hermanos, de Cartagena, a fin de que ésta fuese condenada a pagar a los primeros los perjuicios que sufrieron debido al accidente de tránsito ocurrido en la carretera de Arjona a Turbaco el 5 de diciembre de 1937.

Propuesta la demanda en ella se expone como causa de la indemnización solicitada el hecho de que el día mencionado el camión número 2 de matrícula de Turbaco, manejado por el conductor Esteban Pérez, como empleado o dependiente de Lequerica Hermanos, en viaje por la carretera entre Arjona y Turbaco, conduciendo un cargamento de leche, de propiedad de la sociedad, arrolló por culpa, descuido o negligencia del conductor, el automóvil número 3 de matrícula de Arjona, manejado por su dueño señor Ramón Pereira, que viajaba en dirección contraria, conduciendo varias personas en calidad de pasajeros; la colisión ocurrió en el sitio de la carretera llamado "Pedregal de Villoria" a la entrada del "Camino de los españoles", entre la una y media y las dos de la tarde; y por consecuencia del choque

quedó destruído el automóvil de Pereira, y herido éste y los pasajeros Martín Rojas y Ubaldo Beltrán, con las lesiones que la demanda especifica.

El juez del conocimiento, segundo civil del circuito de Cartagena, falló la primera instancia del negocio, declarando la responsabilidad de la sociedad demandada, que fue condenada a pagar a cada uno de los demandantes las sumas líquidas determinadas en el fallo.

El tribunal superior de Cartagena, en segunda instancia, encontró también a la sociedad responsable del accidente, más reformó las condenaciones concretas formuladas por el juez así:

"En consecuencia, la sociedad Lequerica Hermanos pagará, por concepto de indemnización de perjuicios, a los señores Ramón Pereira, Martín Rojas y Ubaldo Beltrán estas cantidades de dinero: A Ramón Pereira, quinientos cincuenta pesos ($ 550.00), valor del automóvil destruído marca "Ford"; tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos ($ 3.364.00), valor del lucro cesante a que se refiere el aparte d) del punto segundo del libelo de demanda. A Martín Rojas, ochenta pesos ($ 80.00), por concepto de incapacidad para el trabajo durante treinta días. A Ubaldo Beltrán, veinte pesos ($ 20.00), por concepto de incapacidad para el trabajo durante diez y seis días". En juicio especial, de conformidad con el artículo 553 del C. J., se establecerán y comprobarán los perjuicios restantes, que han sido aceptados en abstracto y cuyos avalúos han sido rechazados, según la parte motiva de este fallo. 3º Se absuelve a la sociedad demandada de los demás cargos de la demanda. 4º Condénase en costas a la parte demandada, costas que se refieren a esta segunda instancia por cuanto el actor no apeló del fallo recurrido. La Secretaría liquidará las de su resorte y oportunamente se señalarán los honorarios del abogado asesor".

Demandados y demandantes interpusieron el recurso de casación ante la corte, por razón de lo desfavorable a cada parte, recurso que se estudia, empezando por el del demandado.

CAPITULO I

RECURSO DEL DEMANDADO

Causal sexta

En la demanda este recurrente propone en último lugar la causal sexta de casación, advirtiendo que la alega subsidiariamente a los demás motivos que expone dentro de la causal primera, "y que sólo debe estudiarse en el caso de que aquellos, en concepto de la Corte, no sean fundados".

Fundándose la causal sexta en nulidades adjetivas del procedimiento judicial, el estudio de dicha causal, cuando se propone, debe ser previo respecto de la primera, que mira al fondo de la acción y supone la validez del juicio.

De consiguiente, sería injurídico aceptar el planteamiento de la causal de nulidad en calidad de subsidiaria de la primera, sobre violación de la ley. Si la corte dejase en último término el examen de la nulidad, acontecería que en el caso de ser fundada, por ese solo hecho la sentencia del tribunal caería, resultando entonces sin ningún objeto el estudio de la cuestión de fondo, y antes bien legalmente inoportuno, pues entrañaría un prejuzgamiento de la sala de casación sobre tópicos que no ha debido tratar.

Esta sola consideración justifica el que la sala, prescindiendo de los deseos del recurrente de que el tema de la nulidad se estudie subordinado a que se hallen ineficaces los cargos de violación de la ley sustantiva, acometa su análisis en el orden lógico exigido por el artículo 537 del código judicial, entre las causales propuestas, orden que coloca, en la presente ocasión, la de nulidad en el primer lugar.

Sobre el vicio de nulidad dice el recurrente:

"En efecto, al folio 2 del cuaderno número 1 aparece el poder que los demandantes le confirieron al doctor Oscar H. García y en virtud del cual adelantó el juicio en las dos instancias. En ese poder consta que el mandato referente a Ubaldo Beltrán, quien a la sazón era menor de edad, fue conferido por el señor Juan Beltrán Jaimes, quien se dijo ser padre del demandante Ubaldo Beltrán. En autos no se probó la calidad de padre del señor Juan Beltrán Jaimes, circunstancia que demuestra la existencia de una ilegitimidad adjetiva de la personería, erigida en causal de nulidad por el artículo 448 del Código Judicial".

"Pero aún suponiendo que pudiera aceptarse aquella personería, corre al folio 8 del cuaderno número 3 la partida de nacimiento del demandante Ubaldo Beltrán, según la cual dicho señor nació el 16 de mayo de 1919, quien por tal causa cumplió la mayor edad el 16 de mayo de 1940, fecha en que se estaba sustanciando en primera instancia el juicio que es materia del recurso".

Se considera:

Es infundado el motivo de nulidad alegado. Es cierto que Juan Beltrán Jaimes diciéndose padre de Ubaldo Beltrán confirió el poder en representación de éste, y en el curso del juicio omitió comprobarse

que Ubaldo sea realmente hijo de Juan, por ausencia de la respectiva partida de matrimonio que así lo establezca.

Empero, el recurrente no se fijó en que al pie del poder conferido al doctor Oscar H. García para iniciar el juicio también figura la firma de Ubaldo, como ratificando lo que hacía a su nombre Juan.

Según la respectiva partida de bautismo, folio 8, cuaderno número 3, Ubaldo cumplió la mayor edad en febrero de 1941, de manera que cuando prohijó el poder que su padre confirió al doctor García, en el año de 1939, era menor de edad. Con todo, esa circunstancia no le resta hoy eficacia al poder, en atención a que el vicio de que por razón de la minoridad pudiera estar afectado el mandato sólo podría alegarlo el propio interesado, según el artículo 1743 del código civil, y eso dentro de los cuatro años que tenía para pedir la rescisión, artículo 1750, ibidem. que están corridos en exceso. Esto quiere decir, que si Ubaldo al llegar a la mayor edad y en los cuatro años siguientes consintió en que continuara con el poder el mismo apoderado, el mandato judicial que confirió siendo incapaz, quedó **ib-initio** saneado y ratificado. De consiguiente, sería un abuso de las fórmulas legales que ante estas circunstancias se anulase a la postre el proceso bajo el pretexto de una causal cuya declaración la pide a medias el mismo que la propone, cuando la formula subsidiariamente, condicionada a que únicamente se tenga en cuenta en caso de que no tenga éxito la defensa a fondo contra el derecho reclamado por los demandantes, entre los cuales está Ubaldo.

Se declara inadmisible el cargo.

Causal primera

Dentro de esta causal en la demanda se exponen cuatro motivos de casación, bajo los siguientes epígrafes: **Hecho culpable e imputabilidad al demandado, La acción principal y sus pruebas, La responsabilidad civil y las presunciones de culpa, y Liquidación del daño.**

En su orden se ocupará la sala del examen de cada uno de estos cargos.

1º

Bajo el título de "Hecho culpable e imputabilidad al demandado", el recurrente dedica el primer cargo a atacar aquella parte de la sentencia en que el tribunal, apoyándose principalmente en la diligencia de inspección ocular practicada por el inspector de tránsito de Turbaco el mismo día del accidente y en el croquis que se levantó en esa inspección, deduce la plena culpabilidad del chofer Esteban Pérez, quien al violar los reglamentos de tránsito fue el causante del choque entre el camión y el automóvil. Discurre el recurrente en torno a la declaración de Héctor Llamas, que encuentra deficiente y contradictoria, para sacar de ella ninguna prueba en contra del chofer Pérez; luégo formula una extensa crítica a la diligencia de inspección ocular y al croquis levantado en ella; y termina la acusación concretando el cargo de la siguiente manera:

"**Error de hecho.** — Resulta de modo evidente en los autos. En efecto, el Tribunal apreció erradamente las declaraciones de Esteban Pérez y Héctor Llamas, y la misma equivocada apreciación hizo de la diligencia de inspección ocular practicada por el señor Inspector de Tráfico de Turbaco con fecha 5 de diciembre de 1937 y del croquis que en copia obra al folio 21 del cuaderno número 7, en cuanto se consideró que con estos documentos y aquellas declaraciones se demostraba o probaba que el accidente había ocurrido por imprudencia y negligencia del chofer Pérez y por violaciones de éste al reglamento de tránsito".

"**Error de derecho.** — Los errores de hecho anotados en el punto anterior, llevaron al tribunal a la violación de la ley sustantiva: en efecto, se infringieron de modo directo, o por aplicación indebida o interpretación errónea, los artículos 1769 del C. C., 609 del C. J., en cuanto el sentenciador deduce de la declaración de Pérez una confesión con valor de prueba contra la parte demandada; y los artículos 210 a 214 del C. de Procedimiento Penal, 705, 722, 724, 730 ,731 y 732 del C. de Procedimiento Civil y 1757 del C. Civil, por haber dado el valor de plena prueba a la diligencia de inspección ocular practicada por el señor Inspector de Tráfico de Turbaco con fecha 5 de diciembre de 1937 y al plano o croquis que se trajo en copia a los autos, siendo así que tales documentos no constituyen una inspección ocular, ni una prueba pericial, ni en ella tuvo parte ni fue citada la sociedad demandada. Para que la inspección ocular valga como prueba, debe haberse decretado por funcionario competente, con asistencia de peritos o testigos previamente nombrados y cumpliendo todas las formalidades que antes menciono".

La Corte considera:

Conviene transcribir la parte de la sentencia del tribunal objeto del ataque:

"**Hecho culposo.** — El hecho físico en sí, que traduce el accidente automoviliario ocurrido en la carretera de Arjona, está suficientemente demostrado

en el proceso con la propia confesión de Esteban Pérez y la diligencia de inspección ocular practicada por el Inspector de Vigilancia y Tránsito de Turbaco, que a la letra dice: "En el distrito de Turbaco, a los cinco días del mes de diciembre de mil novecientos treinta y siete, se trasladó el suscrito Inspector de Tráfico en asocio de su Secretario y del señor Armando López, Secretario de la Alcaldía del Distrito, siendo las cuatro de la tarde, más o menos, al sitio donde se efectuó el choque entre el camión número 2, matrícula de este municipio y el carro número 3 matrícula de Arjona. Llegados que fueron al sitio donde se efectuó la colisión, entrada del camino "Los Españoles", en la carretera de este municipio al de Arjona, en esta jurisdicción. Constituídos que fueron en el lugar del siniestro, se pudo evidenciar lo siguiente: que el camión número 2 venía manejado por el chofer Esteban Pérez en dirección a este Distrito, por su izquierda pasando una curva; pero al salir de la curva, por la izquierda, como se ha dicho, iba de este distrito para Arjona el carro número 3 manejado por Ramón Pereira, quien llevaba su derecha por el eje de la carretera; al ver el camión buscó más para su derecha y el camión en vez de buscar hacia la derecha de él, buscó hacia la izquierda alcanzando el carro dentro de la cuneta y quedando ambos vehículos perfecta y totalmente dañados, con las máquinas rotas, los guardafangos, defensas, etc. En el carro número 3 de Arjona viajaban varios pasajeros quienes resultaron heridos, lo mismo que el chofer y saliendo ilesos el chofer y el ayudante del camión. Quedando manifiesta la responsabilidad del camión número 2, cuyo chofer lo era el señor Esteban Pérez. Con lo cual se dio por terminada esta diligencia que se firma para constancia por los que en ella han intervenido. (Fdos.) **Roberto Elles N., A. López S.** El Secretario, **Abel Torres**".

"El actor imputa al chofer Pérez la culpa, descuido o negligencia en la comisión de este hecho. La misma diligencia de inspección transcrita arriba pone de presente esta culpabilidad por imprudencia culpable de Pérez en la observancia de los reglamentos de tráfico. En esa diligencia se evidenció la violación por Pérez de esos reglamentos consignados en las disposiciones pertinentes del Código de Policía del Departamento de Bolívar, desde luego que en la trayectoria que traía hacia esta ciudad de Cartagena no tomó su derecha sino que venía por la izquierda de la carretera. Para mayor abundancia esta diligencia viene corroborada por el croquis dibujado en el proceso penal por heridas seguido contra Pérez, cuya copia fue calcada en el término probatorio de este juicio. El Tribunal da plena fe a esta diligencia de inspección porque en ella intervinieron funcionários municipales capacitados por las ordenanzas de tráfico para practicarlas. No le quita ningún valor la circunstancia de que esos funcionarios no estén investidos, en la hipótesis de que ciertamente no lo estén, del carácter de funcionarios de investigación, porque lo que da valor a sus dichos es su condición simple de funcionarios públicos que obraron en ejercicio de sus facultades que les confirió la reglamentación correspondiente".

En los anteriores pasos de su sentencia el Tribunal no hace mérito de la declaración de Héctor Llamas. La culpabilidad de Pérez la deduce completamente de la diligencia de inspección ocular adicionada con el croquis, documentos a los cuales les atribuye plena fe probatoria.

La Corte, después de examinar los expresados documentos a la luz de las críticas que se les formulan, concluye por encontrarlas infundadas y faltas de consistencia legal en orden a demostrar que el tribunal se equivocara en la interpretación de ellos, hasta el grado de haber incurrido en error de hecho evidente, o en error de derecho, viendo en este segundo caso el juzgador una prueba de determinado alcance demostrativo, donde la ley no la autoriza.

El error de hecho no es manifiesto. El inspector de tráfico de Turbaco, acompañado de su secretario y del secretario de la alcaldía del distrito llegó al sitio del choque pocas horas después de acaecido el suceso. De consiguiente pudo darse perfecta cuenta del modo como se desarrollaron los hechos y de las huellas que en la carretera dejaron los carros. Y si es cierto que en el cuerpo del acta de la diligencia los funcionarios omitieron la constancia de la posición exacta en que encontraron las máquinas, en cambio existe el croquis, que es la traducción gráfica al papel de los detalles y desarrollo del accidente, reconstruído con los elementos que dichos funcionarios hallaron, incluyendo la posición de los vehículos.

La circunstancia de que el croquis carezca de la firma de los funcionarios que lo hicieron no desvirtúa su mérito probatorio. Está comprobado que ese documento figura entre las primeras diligencias que practicó el inspector de Turbaco, pues fue de allí de donde se tomó para traerlo al juicio; que en el auto que profirió ese funcionario y en virtud del cual practicó la inspección dijo que se sacaría un croquis para acompañar a las primeras diligencias investigativas; y que el croquis concuerda en un todo con la declaración de Héctor Llamas, de que no hizo mérito el tribunal, plenamente satisfactoria en su con-

tenido, pues las objeciones que contra tal testimonio propone el recurrente ninguna dificultad ofrecen.

Además la misma versión que da la parte demandada de la forma como se produjo el accidente, y que repite en los preliminares de la demanda de casación, no obstante que se encamina a arrojar la culpabilidad del accidente en el conductor del automóvil, a quien acusa de haberle quitado la vía al camión, conviene en que Pérez "se vio obligado a desviar su vehículo hacia la izquierda para evitar el choque". Este detalle significativo y la ausencia en el expediente de otras pruebas que contradigan las afirmaciones de la inspección ocular y del croquis, sirven cuando menos para poner de presente que en la hipótesis de que el tribunal se equivocara al deducir de la inspección ocular y del croquis la prueba plena de la culpabilidad de chofer Pérez, semejante equivocación no alcanza a manifestarse tan patente o manifiesta, como para convertirse en incontrovertible.

Para la corte la declaración de Héctor Llamas es plenamente satisfactoria. Viajaba en el camión y pudo darse cuenta de la mala maniobra que hizo Pérez al encontrarse en la curva de la carretera con el automóvil manejado por Pereira, desviando hacia la izquierda en vez de hacerlo hacia la derecha como hubiera procedido otro chofer avisado y diligente colocado en las mismas circunstancias. Y lo que Llamas afirma haber presenciado, fue lo mismo que pocas horas después confirmaron sobre el terreno los tres funcionarios de policía que intervinieron en la inspección ocular. Eso de que el testigo diga que viajaba en el camión que él mismo había despachado de Arjona, no envuelve contradicción, pues no sería raro que siendo Llamas el encargado de remitir en Arjona el cargamento de leche que conducía el camión, viajara en el mismo vehículo. La contradicción que encuentra la parte demandada en el dicho del testigo es así aparente, debido más a incorrecta expresión de las ideas, que a contradicción efectiva.

Tampoco hay error de derecho en que el tribunal le asignara a la inspección ocular y al croquis el valor de plena prueba, con el alcance de actuaciones emanadas de funcionarios competentes.

Para el recurrente los supradichos documentos "no constituyen una inspección ocular, ni una prueba pericial, ni en ella tuvo parte ni fue citada la sociedad demandada. Para que la inspección ocular valga como prueba, debe haberse decretado por funcionario competente, con asistencia de peritos previamente nombrados y cumpliendo todas las formalidades que antes menciono".

Estas observaciones contrarían la realidad legal. La inspección fue practicada por los funcionarios de policía llamados precisamente a ello y encargados en todas partes de tomar las primeras informaciones gráficas y testimoniales de un accidente de tránsito.

Según el código de policía del departamento, traído al proceso desde la primera instancia, en el de Bolívar existen también los llamados inspectores de tránsito de los municipios, y son funcionarios de policía. Todo empleado de policía, según dicho código, que sepa que se ha cometido un delito o infracción debe proceder a la mayor brevedad a averiguar el hecho y sus responsables y a tomar nota "de todo cuanto observe y oiga que pueda darle luz en la investigación sumaria". (Artículo 862).

De modo que cuando el inspector de tránsito de Turbaco, señor Roberto Elles, su secretario y el señor Armando López, secretario de la alcaldía, se trasladaron al sitio del accidente y dejaron constancia, tanto en el acta de la inspección, como en el croquis, de lo que vieron, hiciéronlo en ejercicio pleno de funciones oficiales, funciones propias de una inspectoría de tránsito, como que el radio de actividad de estas oficinas tiene por objeto particular, en todo el país, el control y vigilancia de la circulación de vehículos por calles y carreteras.

Que esa diligencia no fuera acompañada de peritos, según las disposiciones del código de procedimiento penal, podrá quizá ser razón que impida a los jueces del crimen dar por satisfactoriamente establecido el cuerpo del delito, base de una condena penal. Empero, en el campo meramente civil, una inspección como la practicada por el inspector de Turbaco tiene de por sí suficiente poder de convicción respecto de los hechos de que da cuenta, aptos de suyo para ser percibidos ante la sola observación, sin necesidad de la intervención de peritos. La posición en que quedaron los vehículos, los daños con que resultaron, las huellas que los carros dejaron en la carretera antes del choque, son circunstancias que se ven y de las cuales cualquiera persona está capacitada para tomar nota e informar. De manera que cuando el inspector observó sobre el terreno la dirección que los vehículos llevaban dentro de la carretera, y reproduce gráficamente las circunstancias esenciales que produjeron la colisión, tomadas de los signos que encontró, está obrando dentro de terreno legítimo, y esas observaciones en tanto no estén desvirtuadas por otras pruebas, merecen fe. La inspección fue como la diligencia preparatoria de la investigación que después se adelantó, más no por ello está desprovista de autoridad, ya que proviene de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

De consiguiente, el cargo de error de derecho tampoco tiene asidero. Ninguno de los preceptos invocados por el recurrente, tanto para fundar la acusación por error de hecho, como por error de derecho, fueron violados por el tribunal.

2º

En la demanda de casación se dedica el motivo segundo, bajo el rubro de "La acción penal y sus pruebas", a formularle cargos a la sentencia del tribunal por haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de dos documentos importantes: la sentencia dictada por el juez penal del circuito de Cartagena de fecha 2 de junio de 1941; y el dictamen pericial rendido por los señores Carlos Díaz y Rafael Jiménez Roa ante el mismo juez, en la causa criminal que se le siguió a Esteban Pérez como responsable de las heridas que recibieron Ramón Pereira, Ubaldo Beltrán y Martín Rojas en el choque de vehículos origen también de este juicio civil.

El recurrente resume así sus cargos:

"**Error de hecho:** por no haber dado todo valor a la sentencia dictada por el Juez Segundo Penal de Cartagena, de fecha 2 de junio de 1941 y por haber interpretado erróneamente el dictamen pericial rendido en el juicio penal por los señores Carlos Díaz y Rafael Jiménez Roa, documentos con los cuales se demuestra que no hubo por parte del chofer Esteban Pérez negligencia o descuido en el momento del siniestro de fecha 5 de diciembre de 1937, sin embargo de la cual el Tribunal sentenciador sostiene lo contrario y da más mérito probatorio a otros documentos que carecen de valor legal".

"**Error de derecho:** Los errores mencionados en el punto anterior, llevaron al Tribunal a la violación directa de los artículos 1757 y 1758 del Código Civil, que otorga mérito probatorio a los instrumentos públicos y dictámenes periciales; infringió también los artículos 594, 595 y 601 del Código Judicial, porque fundó la sentencia en pruebas que no tienen valor legal, como la inspección ocular practicada por el Inspector de Tráfico de Turbaco y el croquis traído a los autos; porque desechó el valor probatorio de la sentencia del Juez Segundo Penal de Cartagena y el dictamen rendido por los peritos Díaz y Jiménez, y porque apreció las pruebas en desacuerdo con su estimación legal y con los principios generales de la equidad, conforme a los cuales "cualquier duda en esta materia (la probatoria) se resuelve a favor del demandado". Violó también de modo directo, los artículos 632, 705, 722 y 723 del Código de Procedimiento Civil, porque no dio a la copia de la sentencia y dictamen citados, el valor que les concede la ley. Y si no se estiman esas pruebas desde el punto de vista civil, sino del penal, resulta que el sentenciador violó los artículos 1665 y 1666 del antiguo Código Judicial, y 210 a 213 de la actual ley de procedimiento penal que señalan las condiciones que deben reunir la inspección ocular y el dictamen pericial para que tengan valor probatorio".

La Corte considera:

Los documentos que se estiman mal apreciados por el tribunal tienen el antecedente y contenido siguientes:

La investigación criminal que se siguió en averiguación del responsable del choque de los dos vehículos culminó con el auto de fondo pronunciado por el juez segundo penal del circuito de Cartagena el 17 de octubre de 1938, confirmado por el tribunal de Cartagena, en virtud del cual se abrió causa criminal contra el chofer Pérez, por los hechos acontecidos, como presunto responsable de las heridas que recibieron Pereira, Beltrán y Rojas, y sobreseyó definitivamente en favor de Ramón Pereira, en razón de los mismos hechos.

El mismo juez en sentencia de 2 de junio de 1941 falló la causa absolviendo a Pérez de los cargos que contra él contenía el auto de proceder, sentencia contra la cual interpuso apelación el agente del ministerio público, quien había rendido concepto adverso al encausado. El juez funda la absolución en la falta de valor legal de la diligencia de inspección practicada por el inspector de tránsito de Turbaco; en la imposibilidad de atender el contenido de las declaraciones de Ramón Pereira, Martín Rojas y Ubaldo Beltrán, debido al interés que tienen por estar reclamando la indemnización civil; y en que Pérez aun cuando acepta o confiesa el hecho de la colisión en el testimonio que rindió lo explica en forma favorable a su irresponsabilidad.

El dictamen pericial de los señores Carlos Díaz y Jiménez Roa fue rendido en el proceso criminal. A estos señores se les pidió dictamen para que previa lectura de las declaraciones de los señores Ramón Pereira y Esteban Pérez, que figuran en el sumario, expusieran cuál de los dos se acerca mejor a la posible realidad del suceso. Los peritos encontraron más aceptables las declaraciones del chofer del camión, Pérez.

En la sentencia recurrida el tribunal estudió la excepción de **petición antes de tiempo** propuesta por el apoderado de Lequerica Hermanos, quien la apoyó en la imposibilidad legal de decidir la acción civil antes de la penal; el tribunal en inteligente razonamiento sienta interesante doctrina en torno al significado y alcance del artículo 28 del código de proce-

dimiento penal y de la controvertida cuestión de la influencia de la investigación criminal sobre el proceso civil, en párrafos que merecen ser transcriptos:

"Se considera: en el proceso investigativo hay constancia de que el juzgado 2º penal de este circuito absolvió a Esteban Pérez de los cargos que se le habían formulado en auto de proceder proferido por el mismo juzgado, absolución fundada en la ausencia de las pruebas que exige la ley para proferir una sentencia condenatoria. Este fallo, fechado el 2 de junio de 1941, fue apelado por el señor Personero Municipal de esta ciudad, y aun cuando el doctor Vargas afirma en su alegato de segunda instancia que este fallo fue confirmado por el Tribunal, no ha demostrado esta circunstancia".

"El Tribunal es de criterio que para derimir esta cuestión deben aplicarse las normas pertinentes del nuevo Código de Procedimiento Penal, artículo 24 y ss., y no el precepto del artículo 39 de la ley 169 de 1896, desde luego que si bien el hecho que dio nacimiento a la acción penal ocurrió cuando aún regía esta última norma, la acción civil fue incoada durante la vigencia de la ley 94 de 1938".

"Dice el artículo 28 de esta ley: "La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima". De la redacción y sentido de la primera parte de este precepto se infiere con toda claridad la libertad que el legislador consagró para proponer una acción civil de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual sin sujeción a la acción penal, es decir, sin que deba necesariamente ejercerse aquélla dentro de ésta, en la ocurrencia de casos distintos a los contemplados en esta disposición. Así las cosas, ejercitada la acción civil con posterioridad a la penal, y sin que esta haya sido fallada definitivamente, como en el presente pleito, ¿podrá proseguirse y fallarse el juicio civil sin esperar los resultados del proceso criminal? El Tribunal conceptúa afirmativamente. Ciertamente, el artículo 28 de la ley 94, establece preclusiones que matan o pueden matar el procedimiento en lo civil, pero el Tribunal, además de la argumentación expuesta inmediatamente antes, considera que las circunstancias anotadas en este precepto se refieren exclusivamente a que la acción civil de responsabilidad tenga por fundamento exclusivo la comisión de hechos criminosos, penalmente castigables, y no lo que la doctrina de los expositores modernos ha denominado el "ilícito civil". El doctor Timoleón Moncada, en sus comentarios al Código de Procedimiento Penal, página 50 y ss., adaptándose a la teoría del profesor Florián sobre este particular, sugiere que aun en el supuesto de una sentencia absolutoria, "sería demasiado extensa la regla general que concluyera afirmando la terminación total de la acción civil. Porque ésta puede prosperar aun cuando el hecho que ocasione los perjuicios no sea delictuoso penalmente. Existe el delito civil no sancionado por el Código Penal que, al causar perjuicios, es fuente de obligaciones. Por ello no es absolutamente exacto que la absolución del sindicado sea siempre motivo para resolver negativamente la acción intentada o que se intente ante los jueces civiles sobre indemnización de perjuicios. La sentencia absolutoria en materia penal ocasionará o no pérdida de la acción civil intentada o que hubiere podido proponerse, según los **motivos que la determinaron"**, subraya el Tribunal".

"Por otro lado, el Tribunal considera que la disposición del inciso final del artículo 39 de la ley 169 de 1896, que expresamente permitía la iniciación de la acción civil con prescindencia de la acción penal, cuando de los delitos culposos se trataba, es un antecedente legal, que aun derogado, suministra a la Sala cierta fuerza de convicción en el sentido indicado".

"Pero es más: el actor en este juicio, en el primer hecho de su libelo de demanda atribuye a "culpa, descuido o negligencia" de Esteban Pérez el choque que sufrieron el camión manejado por él y el automóvil conducido por Pereira, circunstancias de hecho que son las contempladas por los artículos 2341 y 2356 del C. C., y de donde se deriva la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Como se verá más adelante, en este proceso se encuentra base suficiente e indestructible para afirmar con toda certeza que el chofer Esteban Pérez, cometió el hecho dañoso que se le imputa en el libelo de demanda, y que lo cometió por imprudencia de su parte, circunstancia ésta que genera la culpa civil. Tampoco procede, pues, esta excepción".

De la anterior transcripción de las ideas del tribunal resulta perfectamente claro que apoyado éste en el artículo 28 del código de procedimiento penal, vio que tenía facultad para decidir la presente acción civil con sus propios y peculiares elementos, sin sometimiento a la postrera calificación que a la conducta del sindicado Pérez se le dé en el proceso penal. De ahí que reivindicando la libertad del juez civil, el tribunal desestimó la sentencia absolutoria del juez penal, dado que si alguna influencia podía ejercer dicha sentencia era la de esperar a que se

ejecutoriara o confirmara, a efecto de que ella también determinara la condena o la absolución en las prestaciones de la demanda civil.

En consecuencia, en tanto se sostenga en pie la solución negativa que el tribunal dióle a la defensa del demandado acerca del punto de petición **antes de tiempo,** no es posible atacar el fallo porque menospreciara la sentencia que estaba pendiente en el proceso criminal, a la que le negó todo carácter vinculatorio respecto de la demanda indemnizatoria. En semejantes condiciones esa sentencia apenas tiene la fuerza de simple argumento de autoridad, aceptable por los razonamientos que contenga. Pero el tribunal contrapuso su propio criterio al del juez penal, hallando que en el juicio civil estaba acreditada la culpa del chofer Pérez, con entidad capaz de ser fuente de resarcimiento patrimonial.

Ahora, para que la corte tuviera oportunidad de examinar la exactitud de la tesis del sentenciador, se requería que la cuestión se le planteara en el plano del correspondiente cargo de casación, dirigido a sustentar un posible error de derecho en la interpretación del precepto que fue la base en el desarrollo de aquella tesis, mediante el cual se hubiera violado ese precepto, u otros relacionados con la misma materia, que señalen el grado de influencia del proceso penal sobre el civil. Ese ataque no se ha hecho. En cambio se formulan los de hecho y de derecho concretados en el resumen pertinente de la demanda de casación, que se ha transcrito, los cuales no pueden prosperar.

Falta aludir concretamente al supuesto error de hecho y de derecho, originado en que el fallador omitiera darle eficacia probatoria al dictamen pericial rendido en el juicio criminal por los peritos Carlos Díaz y Jiménez Roa.

Considerada esa prueba desde el punto de vista meramente civil en que se colocó el tribunal, hizo bien en prescindir de ella. Fue una opinión que se pidió a los peritos respecto a la interpretación de las indagatorias de dos sindicados que mutuamente se hacen cargos de responsabilidad, con la aspiración el juez de ver mejor cuál de aquellos había relatado los hechos con mayor exactitud. Por lo tanto la diligencia está lejos de representar lo que en materia civil constituye la prueba pericial, de manera que el tribunal al formar su convicción prescindiendo de aquella diligencia ni cometió error de derecho, ya que la ley no le reconoce ningún valor, ni menos de hecho, porque no habiendo dictamen, tampoco había materia para formar una equivocada apreciación de prueba pericial alguna.

En este tercer cargo, que el recurrente titula "La responsabilidad civil y las presunciones de culpa", dice que "se infringieron los artículos 2341, 2346, 2347, 2349 y 2352, por infracción directa e indebida aplicación al caso del pleito, pues creyó erróneamente el tribunal que estaba demostrada la culpa de los agentes de la sociedad demandada en la ocurrencia del accidente; y se violaron por mala interpretación e indebida aplicación, los artículos 2356, 2347 y 2349 del mismo código, por estimar que en todo caso en que un hecho cause daño a una persona hace presumir la responsabilidad de su agente o de la persona de quien depende. Finalmente se violaron por infracción directa, los artículos 2344 y 2357, que establecen la compensación de culpas y que no se declaró".

En párrafos anteriores al transcrito el recurrente había desarrollado el cargo exponiendo que en el expediente no hay prueba legal que demuestre negligencia o descuido por parte del chofer Pérez, y en cambio existe el dictamen rendido en el juicio penal por los señores Díaz y Jiménez Roa y con el cual se demuestra que el autor de la imprudencia fue el demandante Pereira. Pero suponiendo que así no fuera, el daño puede imputarse tanto a negligencia del chofer Pérez, como del conductor Pereira, porque ambos fueron sujetos activos del hecho. Luego no puede decirse que hay una presunción de responsabilidad a cargo de la sociedad demandada, pues esa presunción existe también a cargo del demandante, ya que ambos ejercían la misma actividad peligrosa. Habrá una compensación de culpas que hace desaparecer la responsabilidad que se imputa a la sociedad demandada, y que encuentra su fundamento en los artículos 2344 y 2387 del código civil.

La corte considera:

Este cargo corre la suerte de los anteriores.

Lequerica Hermanos fueron condenados en la sentencia en el concepto de tener la calidad de empleadores del chofer Pérez. Este trabajaba en la empresa y cuando ocurrió el accidente ejercía una función por cuenta de dicha empresa, manejando el camión que a ella pertenecía, en donde se transportaba un cargamento de leche. De aquí dedujo el tribunal la subordinación del chofer al demandado, y el fundamento de la presunción de culpa de la empresa por el hecho de su agente.

Las observaciones del recurrente tienden más a negar lo concerniente a la culpabilidad directa del chofer Pérez que a demostrar la falta de motivo para deducir la responsabilidad indirecta de la compañía. En otros términos, se ataca la aceptación que el sentenciador hace de esta responsabilidad, en razón de que Pérez es inocente de imprudencia, o a

lo sumo, que en la imprudencia tuvieron parte los dos choferes, y entonces ocurre el fenómeno de la compensación de culpas.

Empero, en los capítulos anteriores, ya se examinó lo referente a la culpabilidad de Pérez. De modo que siendo esa la causa para condenar a Lequerica Hermanos, y no estando desvirtuada esa causa, se impone aceptar el consiguiente efecto o la fatal repercusión de los hechos sobre el demandado, responsable indirecto de la actividad imprudente de su agente.

Lo de la compensación de culpas, se descarta con la sola consideración de que el tribunal sostuvo que la plena responsabilidad del accidente de tránsito la lleva Pérez, y ese concepto no sufre rectificación, a pesar de los ataques del recurrente.

4º

La **liquidación del daño,** titula el recurrente este capítulo de su demanda; allí agrupa diversos ataques a la sentencia por tal concepto, de los cuales es lo esencial: error de hecho evidente en la apreciación de la inspección ocular practicada por el inspector de Turbaco por estimar que con ella se demostró la destrucción total del automóvil Ford número 3, de propiedad de Pereira, siendo así que tal diligencia sólo habla de daño o avería de dicho vehículo; error en la apreciación del dictamen de los peritos Caballero y Benedetti, porque ese dictamen parte del supuesto equivocado de la destrucción del automóvil, por lo cual no es aceptable como indemnización el valor del vehículo sino su reparación; error en la apreciación de este mismo dictamen, porque no tuvo en cuenta que el daño emergente o valor del automóvil, se excluye con el lucro cesante, o renta correspondiente a toda la vida del vehículo, y, además, porque no tomó en consideración que los peritos no dedujeron del supuesto producido bruto del automóvil los gastos correspondientes a garage, repuestos, reparaciones, amortización y sueldo del chofer; y error de hecho en la apreciación del dictamen de los peritos Jesús M. Caballero e Ildefonso Méndez, porque a pesar de no existir prueba ninguna que demuestre la clase de profesión o capacidad productiva de los demandantes Rojas y Beltrán, creyó que el solo dicho de los peritos servía para demostrarlo.

De estos errores de hecho deduce el recurrente otros tantos errores de derecho, a los cuales añade el de dar valor de plena prueba al dictamen o informe de los doctores Andrés C. Tarra y Bernardino Castro, el cual fue producido en diligencias en que no fueron parte los demandados.

Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho anotados el recurrente estima violados varios preceptos sustantivos a los cuales se aludirá si a ello hay lugar porque prospere alguno de los cargos.

Se considera:

No alcanza la Corte a ver el error evidente de hecho en que incurriera el tribunal en la apreciación de la inspección ocular practicada por el inspector de Turbaco, al considerar que ella demuestra la destrucción del automóvil Ford, de propiedad de Pereira. En la diligencia consta que el vehículo quedó totalmente dañado, con las máquinas, los guardafangos y defensas rotas. Cuando se dice **totalmente dañado,** es porque el automóvil salió inservible del accidente, para percibir lo cual basta la observación de una persona con mediano discernimiento.

El tribunal dice al respecto en la sentencia: "Su destrucción (la del automóvil) viene demostrada mediante las declaraciones pertinentes que se leen en la inspección ocular de que se ha hecho mérito: allí se afirma que ambos vehículos quedaron perfecta y totalmente dañados, con sus máquinas, guardafangos y defensas rotos. El tribunal es de concepto que para afirmar la **destrucción total del vehículo,** de propiedad de Pereira, no se requiere la demostración pericial".

No se advierte en lo expuesto nada que pugne contra la evidencia de los hechos denunciados por la inspección ocular,

Los peritos Caballero y Benedetti, llamados a justipreciar los daños derivados de la pérdida del automóvil, avaluaron éste, sobre la base de su destrucción, en la suma de $ 550. El tribunal acepta este avalúo y ordena pagarlo. De consiguiente el ataque a la sentencia por el aspecto de que el tribunal conviene en la afirmación pericial de que el automóvil se destruyó carece de fundamento.

Tampoco se advierte error evidente en que el tribunal sobre la base de avalúo pericial, ordene pagar el valor del automóvil, y al propio tiempo incluya la partida de $ 3.364.00 por valor del lucro cesante, consistente en lo que Pereira hubiera continuado ganando en el servicio a que tenía dedicado el carro y por el tiempo de duración que aún le restaba.

Es claro que los $ 550, como daño emergente, representan la pérdida recibida por el damnificado; en tanto que la otra partida se da en concepto de las posibles ganancias o utilidades que con el vehículo hubiera podido seguir obteniendo desde el día de la pérdida hasta la época probable de duración.

Aquí no se trata de resarcir perjuicios provenientes del incumplimiento de pagar una cantidad de

dinero, para aplicar el artículo 1.617 del código civil. La reparación débese a causa de daños inferidos a la propiedad de otro, por lo cual hay que tener en cuenta el valor de la cosa en sí misma considerada, y el valor de las ganancias que el dueño reportara en el futuro de la misma cosa, sobre la base de lo que en el pasado reportó.

En manera alguna se advierte, pues, oposición, entre las partidas reconocidas y decretadas por daño emergente y lucro cesante.

Para calcular el valor del lucro cesante los peritos Caballero y Benedetti toman el cupo del automóvil, el valor de los pasajes y el tiempo de servicio útil que le quedaba al carro; conocido el producido diario, lo multiplica por el número de días del año, fijando para los dos primeros años un producido anual de $ 1.872 y para los dos últimos años $ 1.672. A la cifra total le deducen $ 1.000 como valor de gasolina, lubricante, etc. En seguida advierten que en el avalúo desechan la probabilidad de que puedan verificarse dos viajes al día entre Arjona y Cartagena, y se abstienen también de incluír viajes expresos, que son de frecuente ocurrencia. Por último advierten que fijan en las dos terceras partes del rendimiento total computado según los cálculos anteriores, el producto del vehículo cuando es explotado por persona distinta de su dueño.

El tribunal aceptando el avalúo pericial fijó la suma debida por razón de lucro cesante.

Observa el recurrente que no tuvieron en cuenta los peritos que es inverosímil que un vehículo trabaje durante cuatro años sin una sola interrupción; que no era posible que en todos y cada uno de los viajes fuera el cupo completo; que el automóvil sujeto a un uso continuo necesita repuestos y reparaciones; que debe pagar una suma mensual por garage, y finalmente que debe calcularse el sueldo del chofer y ayudante, lo que constituye un gasto general de la empresa.

Como el tribunal tampoco tomó en cuenta estos factores al prohijar el dictamen pericial cometió error de hecho.

La corte considera:

Según el artículo 721 del código judicial, cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, **explicado y debidamente fundamentado** de dos peritos, hace plena prueba.

Y según el artículo 723 del mismo código la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e instrucción de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

De acuerdo con las disposiciones anteriores queda a la soberana apreciación de los tribunales, la valoración de la fuerza probatoria de un dictamen pericial, en cuanto a inferencias, cálculos e hipótesis se refiere, en consideración a los múltiples y variados factores de hecho que en cada caso intervienen, muchos de los cuales lejos de ser objetivos, pertenecen al fuero de la conciencia del juzgador, quien a través de la sana crítica les atribuye la importancia que en su concepto merecen.

De consiguiente, la corte en casación no puede contraponer su convicción a la que ya se haya formado el tribunal a través de la prueba pericial sobre hechos que no son de aquellos sujetos a los sentidos, sino conclusiones dependientes de juicios personales formados con el auxilio de la experiencia y el conocimiento del oficio, arte o profesión del perito, en mérito al cual se le ha llamado a colaborar con el juez en el impartimiento de la justicia.

De ahí que la sala haya proclamado siempre la imposibilidad legal de encontrar error evidente de hecho, para los efectos del recurso de casación, en la estimación que el tribunal le haya dado al dictamen pericial en lo referente a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones. Podrá haberse equivocado el juez en tal estimación, pero el error en ese caso no es de aquellos que se ofrezcan con abultados caracteres, dado que en materia de calcular probabilidades nada es evidentemente cierto y absoluto.

Es infundada la acusación por error de derecho en cuanto el tribunal dio por comprobadas las heridas que recibieron en el accidente los demandantes, con el informe o dictamen de los médicos doctores Tarra y Castro.

Entre las diligencias que dispuso practicar el inspector de Turbaco en averiguación de las responsabilidades por el accidente de tránsito, estuvo la del reconocimiento de los heridos, designando para esa finalidad al médico legista doctor Bernardino Castro, asociado del doctor Andrés Guillermo Tarra, a quien ordenó darle posesión.

Posesionado éste procedió con el médico legista a reconocer a los heridos, y el resultado de la diligencia aparece en detalle en el informe que ambos médicos rindieron.

Hizo bien el tribunal en aceptar esa información de los médicos como comprobante, en principio, de las

lesiones recibidas, pues además de que el doctor Castro era médico oficial, y rindió el concepto en ejercicio de sus funciones, fue acompañado de otro médico juramentado, quien en ese caso particular también ejerció una función típicamente oficial. El dictamen no es pues de aquellos comunes y ordinarios que se rinden en juicio, sino el resultado de una actividad oficial, la cual merece credibilidad a falta de otras informaciones que lo contradigan.

Finalmente el último de los cargos al rededor de la regulación de los daños, se dirige contra el dictamen de los peritos Caballero y Méndez, que le sirvió al Tribunal para señalar en $ 90 y $ 20, respectivamente, el valor de las incapacidades sufridas por Martín Rojas y Ubaldo Beltrán. "En primer término tales peritos, dice la demanda de casación, se basan en el dictamen de los peritos Tarra y Castro, que no tiene valor legal; y en segundo lugar, no hay prueba ninguna en autos que establezca cuál era la profesión que ellos desempeñaban a la fecha del siniestro, ni cuál su capacidad productiva".

Se considera:

El cargo es infundado. Ya se vio que el dictamen de los médicos doctores Tarra y Castro merece crédito legal, porque fueron profesionales que actuaron en desarrollo de una comisión oficial, conferida por quien tenía la facultad de darla. El inspector de Turbaco obró dentro de una investigación de policía, a él en primer término encomendada por reglamentos administrativos.

Y en cuanto al contenido mismo del dictamen, nada expresa que manifieste un error de hecho. Los peritos Caballero y Méndez, basados en la incapacidad de trabajo que ya habían fijado los médicos Tarra y Castro, en treinta y diez y seis días, respectivamente, de los demandantes Rojas y Beltrán, calculan que el primero perdió la suma de $ 90.00, a $ 3.00 diarios, como trabajador en pintura de brocha gorda, que era la actividad a que se dedicaba; y el segundo perdió $ 20.00, en los trabajos bajos y varios en que se ocupaba.

Al rededor de estos cálculos periciales cabe aquí repetir lo ya dicho en relación con la soberanía del tribunal para admitirlos o rechazarlos.

CAPITULO III

RECURSO DE LOS DEMANDANTES

El demandante, dentro de la causal primera de casación, acusa la sentencia por dos motivos, referentes a la liquidación del daño, pues aspira a que se le asignen indemnizaciones mayores que las señaladas.

Primer motivo

Dice la demanda de casación que al apartarse la sentencia recurrida del dictamen médico de los doctores Hernández Franco y Vergara que con fuerza de plena prueba obraba en los autos incurrió en errores de derecho como consecuencia de los cuales violó los artículos, 721, 722 y 723 del código judicial, que son disposiciones sustantivas, violaciones que incidieron también en el quebrantamiento del artículo 2349 del código civil, que manda indemnizar el daño causado por criados y sirvientes.

La corte considera:

Los peritos Hernández Franco y Humberto Vergara Prado fueron nombrados para avaluar la indemnización que debe pagarse a los señores Ramón Pereira, Martín Rojas y Ubaldo Beltrán por las heridas, fracturas y lisias que sufrieron en el accidente automoviliario, "las cuales fracturas, heridas y lisias están detalladas en los ordinales c), d) y e) de la parte petitoria de la demanda"; de la asistencia médica que esos señores recibieron y de las incapacidades de trabajo.

Los peritos después de hacer la descripción de las heridas que recibieron los demandantes, según los informes de los médicos Tarra y Castro y la observación personal de los mismos peritos sobre las huellas que en las víctimas dejaron las heridas, entran a dictaminar así:

El doctor Hernández Franco:

De Ramón Pereira dice que "es indudable que la región tibio-tarsiana sufrió una fractura que le disminuye de modo permanente su capacidad de trabajo, y lo sujeta a una molestia y a un esfuerzo crónico para andar, por lo cual estimo que el perjuicio recibido no puede justipreciarse en menos de $ 3.500, tratándose como se trata de un hombre joven, de vida independiente y quien gozó de cierta consideración en su medio".

"La herida linear de la región frontal, línea media, de cinco centímetros de longitud, y consiguiente desperfección del rostro, estimo su perjuicio en la suma de trescientos pesos".

"La herida de dos centímetros por fuera del ángulo externo del ojo derecho, avalúo su perjuicio en la suma de cien pesos ($ 100.00), y la herida contusa, en la región occipital, avalúo su perjuicio en la suma de cien pesos ($ 100.00)".

De Martín Rojas dice que ha perdido la flexión de la mano izquierda y existe la anquilosis de que trata el dictamen médico legal. Estas ocurrencias además de disminuír la capacidad de trabajo lo someten a frecuentes molestias en el trabajo cuotidiano. Avaluó los perjuicios consiguientes en la suma

de $ 2.000.00, más $ 250.00 por perjuicios de las heridas y contusiones.

De Ubaldo Beltrán dice que sufrió una larga herida, obtusa, de diez centímetros de larga, que dejó estigma; además sufrió otra herida en la nariz, con fractura de los huesos de ella, herida cuyo perjuicio avaluó en $ 500.00.

La asistencia médica de Ramón Pereira en sesenta días continuos, la avalúa en $ 400.00, y los gastos de medicinas, radiografías, etc., en $ 100.00.

La asistencia médica de Martín Rojas en treinta días la avalúa en $ 250.00 y los gastos en medicinas, radiografías, etc., en $ 50.00.

Y la asistencia médica de Ubaldo Beltrán en diez y seis días la avalúa en $ 100.00 y por gastos de medicinas, etc., la suma de $ 50.00.

En términos semejantes y con iguales cifras hace los avalúos el perito Vergara Prado.

El tribunal en cuanto a heridas e incapacidades rechaza los avalúos por ausencia de adecuada fundamentación. Los peritos apenas proponen empíricamente cifras determinadas. "Por ejemplo, los peritos no han dicho por qué la fractura que sufrió Pereira disminuyó su capacidad en relación con el oficio que desempeñaba; por qué es permanente esa incapacidad; cuánto ganaba Pereira, y en consecuencia, en qué grado o cuantía podía disminuír su capacidad económica en razón de la incapacidad establecida. Todos estos detalles y otros más debieron ser explicados por los peritos médicos para fundamentar convenientemente un dictamen de esta naturaleza".

En presencia del análisis que el tribunal hace del dictamen pericial de los doctores Hernández Franco y Vergara Prado, la corte estima que el error porque se acusa la sentencia no puede prosperar.

Precisamente el tribunal haciendo uso del artículo 721 del código judicial, analiza los dictámenes periciales y de ese análisis concluye negándoles mérito probatorio por ausencia de fundamentación. En concepto del tribunal se trata de avalúos deficientes en cuanto carecen de razones y de explicaciones, que respalden en forma satisfactoria las cifras numéricas que los dos peritos suministran. De consiguiente, si el tribunal se equivocó subestimando el alcance del experticio atribuyéndole falsamente ausencia de bases verosímiles, el error en tal caso no sería de derecho, sino de hecho, pues consiste en haber medido con deficiencia el poder de convicción de aquellas bases, que si conducen a sostener las consecuencias que los peritos postularon.

Habiéndose acusado por error de derecho el cargo estuvo mal formulado. La Corte no podría cambiar el concepto en que se basa la acusación.

Por otro aspecto el recurrente cita como violados los artículos 721, 722 y 723 del código judicial, disposiciones inoperantes en casación, y el artículo 2349 del código civil, que aun cuando es disposición sustantiva ninguna relación guarda con el aspecto probatorio de las indemnizaciones.

Los artículos 721 a 723 de la ley de procedimiento regulan en términos generales el sentido probatorio del dictamen pericial, según que verse sobre cifras numéricas o sobre cuestiones técnicas, pero en todo caso le dejan al juez margen para pesar las razones que contenga en vía de fundamentación, pues el legislador pretende hacer del experticio antes que prueba de aplicación mecánica, elemento de información y auxilio para el juez. Tales artículos no imponen al juez pauta para apreciar la prueba en determinado sentido, porque ello sería constreñirlo a formar siempre y sistemáticamente determinada convicción, con menosprecio de la que espontáneamente pueda él concebir teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias peculiares de cada medio probatorio.

El artículo 2349 del código civil el tribunal no pudo haberlo quebrantado a través de una equivocada apreciación del dictamen pericial. El hecho de que éste se haya rechazado, en manera alguna significa que el sentenciador niegue la indemnización debida por Lequerica Hermanos originada en el hecho culposo de uno de sus empleados o dependientes. Esa indemnización ya había sido reconocida explícitamente, por la sentencia, sólo que al concretar y fijar uno de los aspectos del daño, el tribunal encuentra deficiente la prueba y por eso remite a que la fijación se haga en incidente separado. Si esta conclusión fuere equivocada por razón de que el dictamen ofrezca suficiente base de convicción, entonces las disposiciones quebrantadas podrían ser más bien los artículos 1613 y 1614 del código civil, que fijan las normas para estructurar la totalidad del perjuicio.

Se rechaza el cargo.

Segundo motivo

La sentencia que se ataca condenó a Lequerica Hermanos a pagar a Ramón Pereira la suma de $ 3.364.00, como valor del lucro cesante por la destrucción del automóvil.

Para fijar esa suma el tribunal se sirvió del dictamen pericial rendido por los señores Ignacio Benedetti y Jesús Caballero.

En dicho dictamen la suma global señalada por los peritos es de $ 5.048.00. Pero los peritos agregan: "Para concluír, fijamos las dos terceras partes del

rendimiento fijado en el ordinal d) de este escrito pericial como producto del vehículo, cuando es explotado o manejado por persona distinta de su dueño".

El recurrente dice que el fallador al aplicar tal reducción en la fijación del perjuicio incurrió en error de hecho evidente, pues Pereira explotaba y manejaba directamente el automóvil, según las probanzas que obran en autos, entre las que pueden citarse las declaraciones de Leopoldo Saravia y Juan A. Torres, el denuncio puesto por Elías Seluan en la alcaldía de Turbaco y las declaraciones de Ubaldo Beltrán y Martín Rojas.

Por causa de tal error de hecho el tribunal quebrantó los artículos 721 y 722 del código judicial, y el artículo 2349 del código civil.

Como se ve en este cargo la acusación se hizo correctamente por error de hecho. Mas las disposiciones que se invocan como violadas no conducen a la casación del fallo por el motivo expuesto en el capítulo precedente.

Se rechaza el cargo.

CAPITULO III

SENTENCIA

A mérito de lo expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar la sentencia del tribunal superior de Cartagena, materia del recurso que se deja resuelto.

Sin costas el recurso.

Publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial copia del fallo.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UNOS TESTAMENTOS — CAUSALES DE NULIDAD.—EXCEPCIONES PERENTORIAS

1.—La segunda de las causales de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial reza, como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo, que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada.

2.—No está en lo cierto el recurrente cuando afirma que los únicos hechos que tienen la virtud de constituir excepciones perentorias son los quince señalados en el artículo 1625 del Código Civil, pues ellas no sólo se dan cuando se producen hechos legalmente capaces de extinguir la obligación, sino también de desconocerla si alguna vez existió. Entre los primeros están comprendidos todos los previstos en el artículo 1625 citado, aunque fuera de ellos se cuentan otros que dan el mismo resultado de extinguir la obligación como son, por ejemplo, la llegada del término, la imposibilidad absoluta de ejecución y la muerte del deudor en los contratos celebrados INTUITU PERSONAE, como el mandato, el comodato y el depósito. Entre los segundos pueden citarse la simulación, la falsedad, la cosa juzgada, la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS y, en fin, "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación" (artículo 329 del C. J.). En ese segundo grupo se encuentra comprendida precisamente la ilegitimidad de personería sustantiva en demandante o demandado.

3.—Si es sabido, por una parte, que el testamento es un acto de una sola persona, indivisible por su propia naturaleza desde el punto de vista de las condiciones esenciales para su validez, y si por otra, el vicio de nulidad absoluta es radical y produce por disposición expresa de la ley el anotado efecto de dejarlo sin valor alguno, es claro que la sentencia que declara una nulidad de esa calidad perjudica precisamente a todos los interesados en que se mantenga la validez del acto, sean ellos asignatarios a título universal o singular, y es obvio que, dado el principio general de los efectos relativos de la sentencia consagrado en el artículo 474 del Código Judicial, el juicio en que la declaración de aquella nulidad se solicite no puede desatarse favorablemente sin audiencia de todos aquellos a quienes la sentencia pueda perjudicar, sin que exista una previa disposición legal que expresamente así lo autorice, cosa esta última que no ocurre para casos como el del proceso.

4.—El artículo 477 del Código Judicial no le otorga al demandado, como así lo cree el recurrente, la facultad de hacer comparecer en juicio en que se ejercite la acción de nulidad y en condición de demandados, a otras personas contra quienes no se dirige la demanda, a fin de que la sentencia les perjudique o aproveche, sea que una vez notificadas comparezcan o no al juicio; pues tal facultad se le confiere a aquél para que haga citar a las personas a quienes designe como posibles "interesadas en que se DECLARE LA NULIDAD PEDIDA" (subraya la Corte); es decir, a quienes podrían actuar también en condición de demandantes. Luego en esta disposición no puede encontrarse la norma expresa que autorice a desatar la litis sin la presencia de todas las personas a quienes pudiera perjudicar la declaración de nulidad absoluta del testamento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, trece (13) de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Justino García propuso ante el señor Juez del Circuito de Gigante juicio ordinario contra los señores Abigaíl Perdomo de Ramos, Camilo Perdomo, Laura Perdomo de García, Esteban Tobar Manrique, Samuel Perdomo, Oliva Perdomo C., Angelino Tamayo, Manuel Antonio Cabrera y Félix Polanco, para que con su audiencia y en condición de albaceas unos y legatarios otros, se declarase, entre otras cosas, que son nulos, de nulidad absoluta, los testamentos solemnes y abiertos otorgados por Victoriano García por medio de Escrituras Públicas números 316, de fecha 26 de junio de 1936, y 636 de 23 de octubre de 1939, corridas ambas ante el Notario Primero del Circuito de Neiva. Para pedirlo así el actor invocó su condición de sobrino legítimo de aquél y puntualizó, como fundamentos de su demanda entre otros hechos, los de que tales testamentos no fueron firmados ni redactados por el testador, ni leídos al mismo, ni otorgados cada cual en un solo acto y la circunstancia de que don Victoriano "estaba afectado de demencia senil al tiempo de otorgarse uno y otro testamento, siendo por tanto inhábil para testar". En el cuerpo de esa misma demanda manifestó el actor expresamente que limitaba "su acción a las personas que por razón de una mayor asignación tienen interés en defender la validez de ambos testamentos y en oponerse al juicio, ya que hay legatarios de sumas insignificantes cuyo número haría estorbosa sin ventajas de ninguna clase la marcha del juicio".

Admitida la demanda y surtido el juicio por sus correspondientes trámites, el Juez de primera instancia lo decidió en sentencia de 8 de septiembre de 1943, por medio de la cual declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, y en consecuencia absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

Subido el proceso al Tribunal Superior de Neiva por recurso de apelación concedido a ambas partes, esa Entidad le puso fin al segundo grado de la instancia mediante la sentencia de 12 de junio de 1944, por medio de la cual confirmó en todas sus partes el fallo materia de la alzada. Como motivación de esa decisión acogió el Tribunal, reproduciéndolos, los razonamientos expuestos por la Corte para sustentar su sentencia de 18 de octubre de 1938, que corre publicada en la Gaceta Judicial, Tomo 47, a las págs. 235 y siguientes, por encontrarla bien fundamentada en derecho y estimar a la vez que en ella se contempla un caso igual al debatido en el presente negocio.

Al demandante se le concedió recurso de casación en contra de esa sentencia y los cargos que con tal motivo formula, correspondientes a la causal primera de casación, se procede a examinarlos hoy en el orden en que vienen propuestos.

En el primero de ellos dice el recurrente que la ilegitimidad de la personería del demandado apenas alcanza a ser y es efectivamente, una de las causales de nulidad procesal, según así lo enseña el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial y que "como el Tribunal de Neiva elevó a la categoría de excepción perentoria lo que el C. Judicial manda que sea únicamente causal de nulidad adjetiva, violó el artículo 1625 del Código Civil, que señaló los quince hechos jurídicos y sustantivos que constituyen excepción perentoria. La violación de ese derecho sustantivo es directa, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea. Colocó entre las excepciones perentorias del artículo 1625 del C. Civil, la ilegitimidad de la personería de la parte demandada, que según el artículo 448, ordinal 2º, es apenas causal de nulidad adjetiva".

Se considera:

El sentenciador, compartiendo la tesis que al respecto sostuvo el Juez de primera instancia, declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, absolviéndola en consecuencia, con fundamento en que en el juicio de nulidad de que aquí se trata se dejó de demandar voluntariamente por el actor a varios legatarios, por lo cual consideró que la parte demandada no quedó integrada por todos los asignatarios, a título universal o singular, que en su concepto es en quienes radica en su totalidad el interés legítimo en la defensa de la validez del testamento del cual derivan sus derechos, y en contra de esta decisión del Tribunal va encaminada la primera acusación del recurrente.

Por lo dicho se comprende fácilmente que el motivo que llevó al sentenciador a declarar la excepción perentoria referida, entraña una cuestión de fondo o sustantiva, porque está enderezada a esclarecer quién o quiénes integran el sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende deducir en el juicio y a determinar si la acción era

viable dirigida como está apenas contra una parte del grupo de personas que forman la parte demandada, o si por el contrario esa acción en tales condiciones propuesta debía ser desconocida, rechazada o negada. Tal problema jurídico está muy distante de constituir la segunda de las causales de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial, pues ésta reza, como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo, que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada.

En sentencia de casación de 22 de agosto de 1940 dijo la Corte:

"Las dos clases de personería —la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo del derecho procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo, y la segunda mira a una cuestión rituaria como es la representación en el juicio; la personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe por tanto ser resuelta en el fallo definitiva de la instancia; la adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esas circunstancias, da lugar en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento", o puede determinar también la invalidación de lo actuado.

En apoyo de esto es oportuno citar también lo que con toda propiedad ha dicho en los siguientes párrafos el profesor W. Kisch, en su obra "Elementos de Derecho Procesal Civil": "La demanda judicial de un derecho es una forma de su ejercicio. No puede por ello tener resultado más que cuando se ejercita por la persona a quien la ley concede facultad para ello y precisamente contra la persona frente a la cual la acción de que se trate tiene que ser ejercitada. La cualidad en virtud de la que una acción o derecho puede y debe ser ejercitado por o contra una persona en nombre propio se llama LEGITIMACION EN CAUSA, o facultad de llevar, gestionar o conducir el proceso, ACTIVA para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho, y PASIVA para aquel contra el cual éste se ha de hacer valer.

"Mas la cuestión acerca de quién puede o contra quién se puede ejercitar una acción en nombre propio no es de carácter procesal, sino que está normada por el derecho privado, particularmente por el Código Civil. Este nos resuelve el problema de si alguien tiene facultad para hacer valer un derecho y, por lo tanto, para perseguirlo judicialmente, como también el de contra quién ha de tener lugar esa persecución judicial. Unicamente, pues, en el supuesto de que, según el derecho civil, exista la legitimación del actor y del demandado, tiene posibilidades de éxito la demanda. Si falta en una u otra parte, la demanda tiene que ser desestimada a pesar de que la acción en sí exista". (Obra citada, págs. 106 a 107).

De otro lado tampoco está en lo cierto el recurrente cuando afirma que los únicos hechos que tienen la virtud de constituir excepciones perentorias son los quince señalados en el artículo 1625 del Código Civil, pues ellas no sólo se dan cuando se producen hechos legalmente capaces de extinguir la obligación, sino también de desconocerla si alguna vez existió. Entre los primeros están comprendidos todos los previstos en el artículo 1625 citado, aunque fuera de ellos se cuentan otros que dan el mismo resultado de extinguir la obligación, como son, por ejemplo, la llegada del término, la imposibilidad absoluta de ejecución y la muerte del deudor en los contratos celebrados **intuitu personae,** como el mandato, el acomodato y el depósito. Entre los segundos pueden citarse la simulación, la falsedad, la cosa juzgada, la **exceptio non adimplenti contractus,** y en fin "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación" (artículo 329 del C. J.). En ese segundo grupo se encuentra comprendida precisamente la ilegitimidad de personería sustantiva en demandante o demandado.

Por todo lo expuesto se rechaza el cargo.

En el segundo capítulo de su demanda de casación, sostiene en síntesis el recurrente que habiéndose entablado la demanda en contra del heredero y albacea y de algunos legatarios, dejándose por voluntad expresa del actor de proponerla en contra de otros legatarios, la cuestión queda colocada precisamente dentro del numeral 3º del artículo 448 del C. J.; que al decidir el Tribunal como lo hizo ha dado por resultado el que se eleve a la categoría de excepción perentoria la causal de nulidad en dicho numeral prevista y que como

consecuencia de ello quedaron quebrantados los artículos 448, ordinal 3º, 455, 457 y 477 del Código Judicial y directamente violado "el artículo 1625 del C. C., especialmente el numeral 8º, que quiere, para ser excepción perentoria y sustantiva, una nulidad fallada y declarada".

Se considera:

Sobra decir, después de lo expuesto al estudiar el cargo primero, que el caso contemplado en este juicio y a que se refiere la acusación que ahora se examina no encaja dentro del numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, precisamente por la circunstancia que anota el recurrente de haber dejado de demandar el actor a varios legatarios, de suyo interesados en sostener la validez de los testamentos cuya nulidad se pidió. Otra cosa ocurriría si demandadas esas personas no se les hubiera emplazado o citado al juicio en forma legal, pues entonces sí se estaría en presencia de una clara nulidad procesal, calidad ésta que corresponde a todas las previstas en el artículo 448 citado; pero la omisión aludida constituye, como se dijo antes, una excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, por no haberse ésta integrado con todas las personas que la constituyen en el caso de este pleito.

No prospera, por tanto, el cargo.

En el capítulo tercero de la demanda de casación afirma el recurrente que por no haber tenido presente y por haber violado la doctrina procesal contenida en el artículo 477 del Código Judicial, el Tribunal quebrantó a su vez en forma directa los artículos 1581, 1582 y 1583 del Código Civil.

Y como la sentencia del Tribunal se fundamenta en la doctrina sentada por esta Sala en fallo de 18 de octubre de 1938, cuyos conceptos acogió en su integridad el sentenciador para aplicarlos al caso de autos que es igual al estudiado en aquella providencia, el recurrente se ocupa en refutar la parte sustancial de los fundamentos de la Corte, y el ataque principal lo endereza en contra del siguiente pasaje de la sentencia: "De todo lo expuesto surge la conclusión de que existiendo otras personas vinculadas al ejercicio de la acción cuyo llamamiento a juicio fue omitido por el demandante, la personería de la parte demandada es incompleta, y ello falsea uno de los presupuestos procesales cardinales en todo juicio. No se diga que en esa misma disposición del artículo 474 se anticipa la defensa de los legatarios, por cuanto no habiendo sido ellos partes en el juicio, la sentencia no les perjudica, lo cual obliga a desatar el pleito entre las partes presentes. La observación es inválida en casos como el actual, en que la acción de nulidad ataca un acto por naturaleza indivisible, lo cual impide que se produzca la situación anormal de que el acto sea válido para unas personas, (las que no litigaron) y nulo para otras, (las solas litigantes)."

Sobre ese tema y con aquel propósito afirma el recurrente, aludiendo al artículo 474 del Código Judicial, que el pensamiento de la Comisión Revisora del proyecto del actual Código en cuanto a los efectos de los fallos que declaran la validez o nulidad de disposiciones de última voluntad fue el de prescindir de toda regla especial, y que en consecuencia la Comisión "aceptó la conclusión lógica de que un mismo acto puede ser nulo para los que litigaron y válido para los que no intervinieron", cuando se demanda apenas a una parte de los interesados en sostener la validez del testamento; que "la Comisión Revisora, al comentar el artículo 474, no consideró ni pudo considerar que después de él se propusiera y aprobara un nuevo artículo, como el 477 del Código Judicial, que reconociera una doctrina precisamente contraria a la que esa Comisión pretendía dejar sentada respecto a la cosa juzgada y al derecho de defensa según el cual nadie puede ser condenado sino después de haber sido oído y vencido en juicio"; que vigente esa disposición "si la sentencia de nulidad afecta a los que citados, comparecieron en juicio, es evidente que un mismo acto, un testamento, puede ser nulo para las partes que en el juicio intervinieron, y válido, para los que en él no intervinieron, porque se les llama a fin de que el fallo les perjudique o aproveche". Agrega que "vigente ese artículo puede el demandante suprimir en su demanda de nulidad los nombres de los legatarios que le parezcan; pero puede el demandado solicitar que se notifique a esos posibles interesados, y llenar el vacío; y pueden éstos notificados comparecer antes de la citación para sentencia de primera instancia y ser oídos; o pueden comparecer después y no ser oídos. En todo caso el curso del juicio continúa sin interrumpirse y se falla con las consecuencias anotadas".

Se considera:

Es de observarse, en primer término, que el recurrente no impugna la tesis sostenida por la Corte y acogida por el sentenciador sobre que los legatarios tienen un legítimo interés en que se mantenga la validez del acto testamentario en que se les instituye como tales y que por consiguiente tienen un derecho propio para actuar como partes en la respectiva acción de nulidad, y por aquel

motivo la Sala no tiene por qué volver a ocuparse sobre esos particulares con ocasión del presente recurso. Como se ve de la primera parte de sus alegaciones, la inconformidad del recurrente consiste en que él concretamente sostiene que un juicio de nulidad de un testamento puede adelantarse eficazmente con audiencia de una parte de los asignatarios y con prescindencia de otra parte de los mismos hasta declararse la nulidad solicitada, en cuyo caso como la sentencia no perjudica sino a las partes litigantes, el testamento sería nulo con respecto a éstos y válido para los demás.

Como principio general la Corte no comparte la tesis del recurrente. Ella le parece aceptable y jurídica en casos en que se demanda, por ejemplo, la nulidad de una asignación testamentaria o de alguna cláusula especial o concreta del testamento, pues entonces será la acción eficaz limitándola a señalar como demandado a la persona que haya de resultar perjudicada con la declaratoria parcial de nulidad, porque ésta, por lo mismo, no entrañaría la del testamento en su integridad. Igual cosa cabría decirla con respecto a la acción de reforma, la que podría ejercitarse válidamente por los asignatarios forzosos dirigida directamente en contra de los que pudieran resultar lesionados, dado que ella parte de la base de la validez del acto solemne y sólo tiende a discutir la legalidad de determinadas disposiciones.

Pero no piensa la Corte de igual suerte para casos como el contemplado en este pleito. Aquí se pidió que la justicia declarase que son nulos, de nulidad absoluta, los dos testamentos solemnes y abiertos otorgados por Victoriano García, con fundamento, entre otros hechos, en que aquéllos no fueron firmados, ni redactados ni su lectura oída por el testador; en que no hubo unidad en el acto del otorgamiento de cada cual, y lo que es tan grave o más que todo eso, en que "don Victoriano estaba afectado de demencia senil al tiempo de otorgar uno y otro testamento, siendo por tanto inhábil para testar". Es decir, se alegan por el actor motivos de nulidad absoluta de los testamentos, que no rezan con modalidades o particularidades especiales o concretas del acto testamentario, como sería por ejemplo con una de sus cláusulas o asignaciones, sino que van derechamente a afectarlo en su integridad, como un todo indivisible.

Y esa es la consecuencia que conforme a la ley misma que regula la materia se produce, porque el artículo 11 de la Ley 85 de 1890 prescribe expresamente que cuando el testamento está afectado de un vicio, como uno cualquiera de los puntualizados en la demanda, "no tendrá valor alguno", lo que vale tanto como decir que cae y queda sin efectos en su integridad el acto testamentario.

En consecuencia, si sabido es, por una parte, que el testamento es un acto de una sola persona, indivisible por su propia naturaleza desde el punto de vista de las condiciones esenciales para su validez, y si por otra, el vicio de nulidad absoluta es radical y produce por disposición expresa de la ley el anotado efecto de dejarlo sin valor alguno, es claro que la sentencia que declara una nulidad de esa calidad perjudica precisamente a todos los interesados en que se mantenga la validez del acto, sean ellos asignatarios a título universal o singular, y es obvio que, dado el principio general de los efectos relativos de la sentencia consagrado en el artículo 474 del Código Judicial, el juicio en que la declaratoria de aquella nulidad se solicite no puede desatarse favorablemente sin audiencia de todos aquellos a quienes la sentencia pueda perjudicar, sin que exista una previa disposición legal que expresamente así lo autorice, cosa esta última que no ocurre para casos como el presente.

De lo expuesto surge la conclusión de que existiendo como en realidad existen otras personas vinculadas al ejercicio de la acción cuyo llamamiento fue omitido por el demandante, la personería de la parte demandada es incompleta, y ello falsea uno de los presupuestos cardinales en un juicio como el presente.

El recurrente cree encontrar un argumento eficaz en contra de la tesis sostenida en la sentencia de 18 de octubre de 1938 y que ha sido reforzada en la presente, en el artículo 477 del Código Judicial; pero para destacar la poca o ninguna consistencia que esa alegación tiene en un caso como el actual, es suficiente observar que dicha disposición no le otorga al demandado, como sí lo cree el recurrente, la facultad de hacer comparecer en juicio en que se ejercite la acción de nulidad y en condición de demandados, a otras personas contra quienes no se dirige la demanda, a fin de que la sentencia les perjudique o aproveche sea que una vez notificadas comparezcan o no al juicio; pues tal facultad se le confiere a aquél para que haga citar a las personas a quienes designe como posibles "interesadas en que se **declare la nulidad pedida**" (subraya la Corte); es decir, a quienes podrían actuar también en condición de demandantes. Luego en la antes citada disposición no puede encontrarse la norma expresa que se oponga a la tesis sentada en el precedente aparte de esta sen-

tencia, o sea la que autorice desatar la litis sin la presencia en ella de todas las personas a quienes pudiera perjudicar la declaratoria de nulidad absoluta del testamento.

No es, por tanto, admisible el cargo.

Como las acusaciones restantes contenidas en los capítulos cuarto y quinto de la demanda de casación se encaminan a demostrar la concurrencia o existencia de los hechos y motivos por virtud de los cuales cree el demandante que debe declararse la solicitud de nulidad absoluta de los mencionados testamentos, es claro que quedando, como ha quedado en firme, la decisión antes referida tomada por el sentenciador, el examen de aquellas acusaciones está fuera de lugar en esta sentencia.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 12 de junio de 1944, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el presente juicio.

Sin costas, por no haberse causado.

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

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO, DE REIVINDICACION, ETC.—NULIDADES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS.—COSA JUZGADA EN FALLOS SOBRE FILIACION NATURAL

1.—Muchas veces se ha dicho ya que una cosa son las nulidades de naturaleza sustantiva, establecidas y gobernadas por las disposiciones que integran el título 20 del libro IV del Código Civil, y otra muy distinta las de carácter adjetivo consagradas y reglamentadas en el capítulo VII del título XII del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Son las primeras las que se refieren a actos y declaraciones de voluntad cuando carezcan de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especié o la calidad o estado de las partes, y las segundas las que se refieren a determinadas y precisas irregularidades en los procesos judiciales. En las nulidades sustantivas se trata de los actos o contratos en sí mismos considerados como generadores de consecuencias jurídicas, mientras que en las otras solamente entra en juego el concepto de si el procedimiento como vía legal para obtener la eficacia de un derecho está o no viciado por ajustarse o no a las formalidades de la ley.

Las irregularidades procesales constitutivas de nulidad adjetiva, están determinadas taxativamente en la ley. Las que producen nulidad en todos los juicios las señala el artículo 448 del C. J. "Los motivos de nulidad adjetiva —ha dicho la Corte— han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio". Cuando en la secuela de un juicio se incurra en alguna de estas causales de nulidad, fuera de la obligación que corresponde al juez según el artículo 455 del C. J., en cualquier estado de la causa, antes que se dicte la sentencia, pueden las partes litigantes pedir que sea declarada, por los trámites de una articulación. Pero este derecho para pedir la invalidez del proceso, como es obvia consecuencia del principio del efecto relativo de las sentencias judiciales, corresponde exclusivamente a las partes litigantes y dentro del juicio mismo. Cerrado el debate judicial no puede ocurrirse al remedio de la nulidad en juicio ordinario sino en los casos y condiciones que autoriza la ley.

2.—Consiste la autoridad de la cosa juzgada en la fuerza que la ley atribuye a las sentencias judiciales de resolver definitivamente entre las partes la cuestión controvertida, en forma que ya no puede volver a suscitarse entre ellas porque es absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria. Esta regla general sobre la fuerza relativa de los fallos judiciales, consagrada expresamente en el artículo 473 del C. de P. C., está establecida también en la disposición fundamental del artículo 17 del C. C. que dispone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. De acuerdo con este principio general, la sentencia firme en materia litigiosa termina definitivamente la cuestión entre las personas que litigaron, pero no impide que quien no fue parte en ese juicio ni es de las personas a quienes legalmente afecta la sentencia, contienda sobre el mismo objeto. El principio fundamental en que se apoya la cosa juzgada opera también respecto de las sentencias en juicios sobre estado civil, pero en consideración a la importancia y trascendencia vinculadas a la certidumbre del estado el legislador ha dado a la cosa juzgada en esta clase d juicios efectos más amplios, pero condicionada esta mayor amplitud que rebasa los límites ordinarios de la obligatoriedad de los fallos judiciales, con los requisitos que se señalan en el artículo 402 del C. C., entre los cuales figura el de que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.

3.—La ley determina y señala las personas a quienes corresponde la calidad legal de legítimo contradictor, en el artículo 403 del C. C. El artículo 12 de la ley 45 de 1936 se refiere simplemente a quienes pueden ser partes en el juicio sobre filiación. Es visiblemente equivocado confundir estas dos posiciones jurídicas. Para que el fallo judicial que ha declarado una filiación natural no sólo valga respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos (ERGA OMNES), es necesario que el juicio se haya seguido entre el padre y el hijo en cuestión de paternidad o entre la madre y el hijo en cuestión de maternidad. Estas personas son legalmente las únicas legítimas contradictoras. Seguido el proceso entre personas que no tienen recíprocamente este carácter, el fallo judicial producirá los efectos de la cosa juzgada únicamente respecto de los que han intervenido en el juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, trece (13) de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo de fecha 28 de febrero de 1943, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pasto, Alberto Guerrero M. demandó por la vía ordinaria a Isabel Guerrero de Bucheli, Agustín y Enrique Guerrero, Efraín Burbano, José María Navarrete y Carmela Figueroa para que en la sentencia definitiva se hicieran las declaraciones que se puntualizan en los trece pedimentos de la demanda y que pueden sintetizarse así:

Que es nulo el juicio de sucesión de Benjamín Guerrero G., en curso en el Juzgado 2º del Circuito de Pasto, desde el auto de apertura y reconocimiento de herederos, como la diligencia de secuestro preventivo de los bienes relictos. Que es nulo el reconocimiento de herederos hecho en la persona de Isabel Guerrero de Bucheli como hermana del causante, y de Agustín Guerrero Enríquez y Enrique Guerrero en representación de su padre Rafael Guerrero, hermano del difunto. Que, en consecuencia, son nulos los autos dictados en el juicio sucesional en que se reconoce a Efraín Burbano, José María Navarrete y Carmela Figueroa como cesionarios de derechos herenciales, lo mismo que el decreto de posesión efectiva de la herencia. Que por ser nula la actuación, los demandados deben restituir al actor los bienes de la sucesión con sus accesiones y frutos. Que los demandados no son los llamados a suceder inmediatamente a Benjamín Guerrero por no haber acreditado en el sucesorio correspondiente el grado de parentesco que alegaron. Que por existir a favor del demandante una sentencia ejecutoriada del Juzgado 2º Civil del Circuito de Pasto de fecha 28 de julio de 1938 en que se le declara hijo natural del causante, es el llamado a su sucesión con exclusión de los demandados. Que por estar los demandados ocupando como herederos los bienes herenciales, sin serlo, deben restituírlos al demandante, en su calidad de hijo natural, en su totalidad o, subsidiariamente, en la mitad, si se estimase no probado que los demandados no son herederos. Que son nulos los contratos de compraventa celebrados por Isabel Guerrero de Bucheli, Agustín Guerrero y Enrique Guerrero con Efraín Burbano, Carmela Figueroa y José Navarrete sobre bienes sucesionales por ser nulo el sucesorio y, por no ser los vendedores herederos. En subsidio de las anteriores peticiones, que se le asigne al demandante la cuota a que tiene derecho como alimentario en su condición de hijo natural y a cuyo pago debe condenarse a los herederos demandados.

Como hechos sustentatorios de la acción se expresan: que el Juzgado del Circuito de Pasto, en el sucesorio de Benjamín Guerrero, reconoció como heredera, en su calidad de hermana legítima a Isabel de Bucheli, por no haber dejado descendientes legítimos ni naturales, ni cónyuge; que tanto este reconocimiento como el que posteriormente se hizo a favor de Enrique Guerrero y Agustín Guerrero Enríquez se hizo con violación de la ley, a base de declaraciones testamentarias sin haber acreditado previamente la pérdida de las partidas eclesiásticas sino simplemente la inexistencia de la partida de nacimiento de la demandada; que Enrique Guerrero demostró ser hijo de Rafael Guerrero y Elvira Enríquez pero no que Rafael lo fuera de José Joaquín Guerrero y Rosa Guerrero; que los certificados notariales sobre otorgamiento de testamento de Benjamín Guerrero son incompletos; que los testigos que deponen sobre el parentesco de Rafael Guerrero y José Joaquín y Rosa del mismo apellido no tienen una edad como para dar cuenta exacta de los hechos; que los reconocimientos de herederos hechos con tales deficiencias probatorias son violatorios de la ley civil procedimental; que el actor es hijo na-

tural del causante según sentencia ejecutoriada y que a pesar de esto está privado de la posesión de los bienes herenciales, y que, finalmente, siendo nulo el reconocimiento de herederos y el decreto de posesión de la herencia es ineficaz la tradición de dominio que se verificó por las escrituras públicas otorgadas por los sedicentes herederos.

Se opusieron los demandados a las pretensiones del demandante, negaron los hechos principales y en la oportunidad correspondiente, en demanda de reconvención, pidieron que se declarara que la sentencia de 28 de julio de 1938, en que el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pasto reconoció a Alberto Guerrero el carácter de hijo natural de Benjamín Guerrero, fue dictada sin legítimo contradictor, y que, en consecuencia, no produce efectos contra Benjamín Guerrero ni contra los herederos de éste, y que Alberto Guerrero no es, por tanto, heredero del causante y debe ordenarse la cancelación del registro notarial sobre filiación natural.

Desarrollada la instancia, el Juzgado del Circuito profirió sentencia definitiva el 23 de mayo de 1944, en la cual absolvió a los demandados en la acción directa, y respecto de la demanda de reconvención, declaró que la referida sentencia sobre filiación natural de Alberto Guerrero se dictó sin intervención de legítimo contradictor, y que, en consecuencia, carece de eficacia legal contra el causante y contra sus herederos, y que, careciendo Alberto Guerrero de la calidad de hijo natural tampoco es heredero. Se ordenó también la cancelación de la partida notarial de su filiación natural.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto confirmó la sentencia del Juzgado en la de fecha 18 de diciembre de 1944 con que finalizó el segundo grado del juicio a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto por el actor.

Las razones fundamentales de esta decisión confirmatoria se reducen a que no habiendo sido el actor parte en el juicio cuya declaratoria de invalidez solicita, "no tiene capacidad o personería suficiente para intentar la nulidad de una actuación en la cual en nada participó, ni participar podía por la sencillísima razón de que a esa época no tenía el carácter de descendiente natural del causante, cuyo título hoy invoca" y por lo que respecta a la solicitud que pudiera considerarse como petición de herencia, para que le sean adjudicados y restituídos bienes de la sucesión que ocupan los demandados como herederos, estima el Tribunal que Alberto Guerrero no ha probado su derecho a la herencia, porque la sentencia sobre su filiación natural, de fecha 28 de julio de 1938, es ineficaz y no produce efectos jurídicos por haberse producido en un juicio en que no intervino legítimo contradictor, por lo cual carece ese fallo de uno de los requisitos esenciales que establece la ley para darle efecto no sólo contra los litigantes sino contra todos. "Si la sentencia en que funda su derecho a la herencia el señor Alberto Guerrero —dice el Tribunal— no le favorece, mal puede pretender tener acción para la adjudicación de ella y la restitución de los bienes sucesionales".

En relación con los pedimentos de la contrademanda aduce el Tribunal los mismos motivos ya dichos vinculados a la ausencia de legítimo contradictor en el juicio en que se produjo la sentencia que declaró a Alberto Guerrero hijo natural del causante Benjamín Guerrero. "Esa demanda se dirigió contra la madre natural de Guerrero y contra el señor Agente del Ministerio Público, de donde fácilmente se desprende que en el juicio de filiación natural a que se refiere el actor, no fueron parte los actuales demandados y el pretendido padre natural ya no existía, por lo cual esa sentencia no estaba llamada a producir ninguna clase de efectos jurídicos, y ni siquiera puede favorecer al beneficiado, ni destruir los derechos adquiridos o reconocidos con anterioridad a ella por los actuales demandados".

El recurso

Dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J., el demandante, vencido en las dos instancias, acusa la sentencia del Tribunal por quebranto de ley sustantiva, en el recurso de casación que oportunamente interpuso y que hoy se decide.

Se acusa la sentencia por violación de los artículos 457 del C. J., que el recurrente considera indebidamente aplicado, y 17, 219, 401, 402, 403 y 2652 del C. C., 15 de la ley 95 de 1890 y 12 de la ley 45 de 1936, por interpretación equivocada y como consecuencia de la errónea apreciación de la prueba de la sentencia en que el actor fue judicialmente declarado hijo natural del causante Benjamín Guerrero.

Dice el recurrente, razonando sus cargos, que incurre en evidente equivocación el Tribunal al fundar su decisión en lo que establece el artículo

457 del C. J., "desde que Alberto Guerrero Mora no ha demandado la nulidad del juicio de sucesión de Benjamín Guerrero, por no haber sido citado o emplazado en forma legal, pues la nulidad la ha solicitado sólo de algunas piezas del juicio de sucesión aludido, pero por causas muy distintas. La nulidad que alega Alberto Guerrero consiste en la violación de disposiciones legales sustantivas que establecen los requisitos para la comprobación del estado civil. No es propiamente lo que alega Alberto Guerrero una nulidad de procedimiento, sino la nulidad de un acto que reconoce un derecho, como es la declaratoria o el reconocimiento de herederos que por haber sido hecho con deficiencias probatorias es violador de la ley civil procedimental y por tanto nulo al tenor del artículo 1740 del C. C., nulidad ésta que puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello como lo establece el artículo 15 de la ley 95 de 1890.

Es errónea y violatoria de la ley la conclusión de la sentencia de que los fallos pronunciados en juicios sobre filiación sin legítimo contradictor no surten efectos ni aún entre las personas que fueron partes en el litigio. En este caso, la sentencia que reconoció a Alberto Guerrero la calidad de hijo natural de Benjamín Guerrero fue pronunciada con audiencia y anuencia de las personas que detalla el artículo 12 de la ley 45 de 1936, que son, tratándose de filiación natural, los contradictores legítimos, ya que entre este artículo y el 402 del C. C. hay incongruencia, por lo cual, siendo posterior le corresponde a él la aplicación preferente. Contra esa sentencia no se interpuso recurso alguno, y por tanto, habiéndose ejecutoriado, alcanzó la autoridad de la cosa juzgada.

Considera la Corte:

Bien sabido es, como muchas veces se ha dicho, que una cosa son las nulidades de naturaleza sustantiva establecidas y gobernadas por las disposiciones que integran el título 20 del libro IV del Código Civil, y otra muy distinta las de carácter adjetivo consagradas y reglamentadas en el capítulo VII del título XII del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Son las primeras las que se refieren a actos y declaraciones de voluntad cuando éstos carezcan de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie o la calidad o estado de las partes, y las segundas las que dicen relación con determinadas y precisas irregularidades en los procesos judiciales. En las nulidades sustantivas se trata de los actos o contratos en sí mismo considerados como generadores de consecuencias jurídicas, mientras que en las otras solamente entra en juego el concepto de si el procedimiento como vía legal para obtener la eficacia de un derecho está o no viciado por ajustarse o no a las formalidades de la ley. Las irregularidades procesales constitutivas de nulidad adjetiva, especie a que corresponde la demanda en este caso puesto que se vincula a la validez de actuaciones judiciales, están determinadas taxativamente en la ley. Las que producen nulidad en todos los juicios las señala el artículo 448 del C. J. "Los motivos de nulidad adjetiva en la ley procedimental —ha dicho esta Sala—han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judical o la violación de derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

Cuando en la secuela de un juicio se incurra en una de estas causales de nulidad, fuera de la obligación que corresponde al Juez según el artículo 455 del C. J., en cualquier estado de la causa, antes de que dicte la sentencia, pueden las partes litigantes pedir que sea declarada, por los trámites de una articulación. Pero este derecho para pedir la invalidez del proceso, como es obvia consecuencia del principio del efecto relativo de las sentencias judiciales, corresponde exclusivamente a las partes litigantes y dentro del juicio mismo. Cerrado el debate judicial, no puede ocurrirse al remedio de la nulidad en juicio ordinario sino en los casos y condiciones que autoriza la ley. "De la interpretación de los textos legales pertinentes, como lo tiene establecido la jurisprudencia en repetidas decisiones (G. J. Tomo XLVII, p. 261), se deduce claramente que la nulidad de los juicios es cosa distinta de la nulidad de las sentencias, y que los vicios y defectos de procedimiento que afectan la validez de la actuación deben alegarse dentro de la secuela misma del juicio porque no son materia de acciones separadas después de que terminan en la forma legal, lo mismo que es exacto que las causales que originan acciones de nulidad contra las sentencias firmes proferidas en materia contenciosa están taxativamente reducidas en la ley a los casos previstos en los artículos 457 y 478 del Código Judicial".

Viendo el caso del recurso a la luz de estas nociones, no se advierte ilegalidad ninguna en la decisión del Tribunal que le negó personería al actor para demandar la nulidad parcial de la ac-

tuación de un juicio llevado sin su participación y en el cual no intervino ni podía intervenir como parte interesada. Claramente improcedente se muestra una acción de nulidad de una actuación judicial intentada por quien no fue parte en el juicio que parcialmente se quiere invalidar y fuera de él. Por lo demás, ni siendo legítima la personería del actor podría prosperar su acción, porque el motivo de nulidad aducido de deficiencia probatoria en la declaración de herederos en el sucesorio de Benjamín Guerrero no da base para la invalidación de una providencia judicial como ésta, inexistente hoy en el procedimiento del juicio sucesorio y para cuya anulación no habría propiamente interés, ya que haciéndose la declaración de heredero sobre la demostración de vínculos de parentesco, debe entenderse sin perjuicio de todos los que puedan acreditar mejor vocación hereditaria.

No menos infundado que este cargo atinente a la nulidad es el que se refiere a los efectos y alcances de la autoridad de la cosa juzgada en los litigios sobre filiación natural.

Consiste la autoridad de la cosa juzgada en la fuerza que la ley atribuye a las sentencias judiciales de resolver definitivamente entre las partes la cuestión controvertida, en forma que ya no puede volver a suscitarse entre ellas porque es absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria. Esta regla general sobre la fuerza relativa de los fallos judiciales, consagrada expresamente en el artículo 473 del C. de P. C., está establecida también en la disposición fundamental del artículo 17 del C. C. que dispone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. De acuerdo con este principio general, la sentencia firme en materia litigiosa termina definitivamente la cuestión entre las personas que litigaron, pero no impide que quien no fue parte en ese juicio ni es de las personas a quienes legalmente afecta la sentencia, contienda sobre el mismo objeto. El principio fundamental en que se apoya la cosa juzgada opera también respecto de las sentencias en juicios sobre estado civil, pero en consideración a la importancia y trascendencia vinculadas a la certidumbre del estado, el legislador ha dado a la cosa juzgada en esta clase de juicios efectos más amplios, pero condicionada esta mayor amplitud que rebasa los límites ordinarios de la obligatoriedad de los fallos judiciales, con los requisitos que se señalan en el artículo 402 del C. C., entre los cuales figura el de que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor. La falta de estos precisos requisitos deja la sentencia dentro de la regla general de los efectos relativos.

La ley determina y señala las personas a quienes corresponde la calidad legal de legítimo contradictor, en el artículo 403 del C. C. El artículo 12 de la ley 45 de 1936 se refiere simplemente a quienes pueden ser partes en el juicio sobre filiación. Es visiblemente equivocado confundir estas dos posiciones jurídicas. Para que el fallo judicial que ha declarado una filiación natural no sólo valga respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos (erga omnes), es necesario que el juicio se haya seguido entre el padre y el hijo en cuestión de paternidad o entre la madre y el hijo en cuestión de maternidad. Estas personas son legalmente las únicas legítimas contradictoras. Seguido el proceso entre personas que no tienen recíprocamente este carácter, el fallo judicial producirá los efectos de la cosa juzgada únicamente respecto de los que han intervenido en el juicio.

Ya viene dicho que la sentencia proferida por el Juzgado 2º del Circuito de Pasto, en que fue declarado el demandante Alberto Guerrero como hijo natural de Benjamín Guerrero fue producida en diligencias judiciales cuya demanda se enderezó contra Rufina Mora, madre del pretendido hijo natural, y contra el Agente del Ministerio Público. En estas condiciones, aún rectificando el concepto del Tribunal sobre la inutilidad total o ineficacia de los fallos sobre filiación dictados en juicios no adelantados contra legítimo contradictor, no habiéndose surtido el de que aquí se trata con esta condición y no habiéndose llevado con citación y audiencia de los herederos demandados aquí, es acertada y legal la conclusión del Tribunal que le negó efectos al aludido fallo contra los herederos de Benjamín Guerrero.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 18 de diciembre de 1944, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

FIJACION DE LA CUANTIA DEL PLEITO

La fijación de la cuantía exigida en el artículo 205 del C. J. para el libelo inicial mira a la determinación de la competencia del juez y a la división al respecto de las cuantías en MAYOR y MENOR; de suerte que la exigencia que se haga por la ley donde y cuando aquella disposición la hace, es una circunstancia que demuestra que, concretada la fijación a ese fin, no puede reputarse vedada la indagación del valor efectivo de lo disputado cuando se trata, no ya simplemente de establecer la competencia de cierto juez en razón de tratarse de asunto de mayor cuantía o de menor cuantía, sino de saber si procede o no el recurso de casación porque a la hora de éste el valor efectivo de aquello alcance o no a la cifra señalada por el artículo 519 de ese Código. Esa fijación inicial la hace el actor como a bien tenga y por su solo dicho, verificable o controlable únicamente cuando el demandado reclama, de lo que es dueño de hacer o no, no suministra siempre la base firme necesaria para conceder o negar este recurso, por lo cual el artículo 524 de la misma obra autoriza un avalúo pericial que disipe la duda cuando hay verdadero motivo para ésta.

Mientras rigió la ley 105 de 1890, dada la redacción de su artículo 4º, hubo de entenderse que la determinación inicial de la cuantía producía sus efectos para todo lo que en la actuación hubiera de guiarse por ella; pero hoy, en vista de lo antedicho sobre el artículo 205, no puede darse a esa fijación ese alcance, sino que ha de reconocérsela circunscrita a lo ya visto sobre competencia. En este sentido fue muy categórico el artículo 4º de la ley 90 de 1920 que, con la sola salvedad de los casos allí puntualizados, ordenaba que antes de decidir sobre la concesión del recurso de casación, cuando no apareciera en el proceso el valor de las cosas materia de pleito, se fijara por medio de peritos la cuantía de la acción, "aunque en la demanda se determinen dichas cuantías".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El doctor Luis Escobar Cruz, apoderado de la Compañía Ganadera de El Medio S. A., en el juicio reivindicatorio de la finca Portobelo del Municipio de El Zarzal seguido por aquélla contra el señor Jesús Potes, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga de 24 de agosto del presente año que, confirmando la del Juzgado Civil del Circuito de Tuluá de 3 de julio del año próximo pasado, absuelve al demandado por hallar probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante y también niega lo suplicado por Potes en su contrademanda.

El Tribunal en providencia de 19 de septiembre último a cuya reposición no accedió en la de 9 de octubre, se negó a conceder el recurso de casación y ordenó expedir las copias solicitadas por dicho abogado para recurrir de hecho, lo que efectivamente hizo en su oportunidad.

Para decidir lo que a éste corresponde de conformidad con el artículo 514 del C. J., la Sala considera:

El Tribunal funda su negativa en que el demandante fijó en mil doscientos pesos la cuantía de su acción al incoar su demanda y en que, no habiendo habido reclamo al respecto, esa cifra quedó señalando definitivamente el valor del pleito para todo aquello en que ese elemento haya de tenerse en cuenta, como por ejemplo, el recurso de casación. Y en respaldo de esta tesis adujo la cita de varias decisiones de esta Sala en tal sentido.

Efectivamente esa opinión ha prevalecido a partir de la providencia de 30 de agosto de 1940, cuya reposición denegó la de 30 del subsiguiente septiembre (G. J. Tomo L, págs. 11 a 18), en que, no sin votos disidentes, optó por esa solución esta Sala.

En su personal actual, sin embargo, prevalece la opinión contraria, no sólo por lo equitativa y ajustada a la realidad, sino también y ante todo,

por razones legales, las que quedaron expuestas en los salvamentos de voto de aquel entonces y que se resumen así: la fijación de la cuantía exigida en el artículo 205 del C. J. para el libelo inicial mira a la determinación de la competencia del juez y a la división al respecto de las cuantías en **mayor** y **menor**; de suerte que esa exigencia se haga por la ley dónde y cuándo aquella disposición la hace, es una circunstancia que demuestra que, concretada la fijación a esa finalidad, no puede reputarse vedada la indagación del valor efectivo de lo disputado cuando se trata, no ya simplemente de establecer la competencia de cierto juez en razón de tratarse de asunto de mayor cuantía o de menor cuantía, sino de saber si procede o no el recurso de casación porque a la hora de éste el valor efectivo de aquéllo alcance o no a la cifra señalada por el artículo 519 de ese Código.

Esa fijación inicial la hace el actor como a bien tenga y por su solo dicho, verificable o controlable únicamente cuando el demandado reclama, de lo que es dueño de hacer o no, no suministra siempre la base firme necesaria para conceder o negar este recurso, por lo cual el artículo 524 de la misma obra autoriza un avalúo pericial que disipe la duda cuando hay verdadero motivo para ésta.

Mientras rigió la Ley 105 de 1890, dada la redacción de su artículo 4º, hubo de entenderse que la determinación inicial de la cuantía producía sus efectos para todo lo que en la actuación hubiera de guiarse por ella; pero hoy, en vista de lo antedicho sobre el artículo 205, no puede darse a esa fijación ese alcance, sino que ha de reconocérsela circunscrita a lo ya visto sobre competencia. En este sentido fue muy categórico el artículo 4º de la Ley 90 de 1920 que, con la sola salvedad de los casos allí puntualizados, ordenaba que antes de decidir sobre la concesión del recurso de casación, cuando no apareciera en el proceso el valor de las cosas materia del pleito, se fijara por medio de peritos la cuantía de la acción, "aunque en la demanda se determinen dichas cuantías".

En el presente caso todo indica que la fijación hecha en el libelo difiere del valor efectivo de lo litigado, por más que éste no se estableciera con peritazgo **ad hoc.** Así las cosas, salta a la vista que hay un verdadero motivo de duda y que por tanto debe acudirse al avalúo pericial indicado por el citado artículo 524.

Así pues, la Sala no puede proceder en forma de conceder desde luego el recurso de casación, puesto que se ignora, mientras ese avalúo no se haya hecho,si el valor de lo litigado da base para ello ante el artículo 519 del C. J., y lo procedente es ordenar al Tribunal que provea a ese avalúo y que, sobre la base que éste le suministre, conceda o niegue el recurso de casación. Es así como la Sala puede hoy admitir y delimitar el de hecho.

Por lo expuesto, se resuelve: admítese el recurso de hecho en forma de que el Tribunal de origen proceda como indica el artículo 524 del C. J. A este fin se le enviará en copia la presente providencia, una vez ejecutoriada.

Notifíquese.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DEL VOTO

Tras de larga deliberación llegó esta Sala por mayoría a la solución expresada en las providencias de 30 de agosto y 30 de septiembre de 1940 hoy citadas. Aunque las razones expuestas en ellas bastarían para fundamentar el salvamento de voto del suscrito al fallo precedente, cumple el deber de motivarlo, así:

Es verdad que el requisito de fijar la cuantía en el libelo de demanda lo establece el artículo 205 del C. J. con la mira principal de determinar la competencia; pero de ser tales la ocasión y el motivo no puede deducirse que esa estimación no sirva sino para eso y carezca de todo otro alcance. Por el contrario, fijada entonces la cuantía, queda este detalle establecido en el proceso para todo lo que haya de regirse por ella o en que ella haya de figurar.

La cuantía es una, como es una la causa, de la cual es parte integrante el recurso de casación. Cuando éste se interpone, si el Tribunal encuentra la cuantía fijada de modo indudable, por más que esto haya sobrevenido desde la demanda inicial, sobre ese pie ha de conceder o negar el recurso según aquélla sea de $ 3.000 o más o no llegue a esta cifra (C. J. artículo 519).

Las variaciones que pueda haber después de trabada la litis no son materia de la sentencia, la que ha de recaer tan sólo sobre las pretensiones oportunas de las partes (C. J. artículo 471 **in fine**).

Para conocer qué cosas deben computarse a fin de formar la masa valuable del pleito, "hay que comprender en el cómputo todo y sólo lo que constituye el objeto de la cuestión que debe decidirse". Tal dice Mattirolo, citado en la referida providencia de 30 de septiembre de 1940, la que cita también del expositor Chiovenda estas palabras: "el aumento de valor de la cosa demandada no es aumento de la demanda", a las que añade este ejemplo: si reivindico un fundo y "éste crece de valor durante el pleito, la demanda no aumenta porque lo demandado sigue siendo lo mismo".

Agible y aún probable es que el actor deliberadamente sobreestime o subestime **ab initio** su acción para asegurarse o impedir en su día la casación; pero aun suponiendo frecuente el empleo malicioso de tales medios, ello no sería razón para aceptar que en un mismo juicio haya dos cuantías: una fijada al iniciarlo y otra a la hora de la casación, recurso que no es entidad independiente, sino parte integrante de aquél, como ya se dijo. Los peligros de fraude a la ley no pueden ser motivo para dejar de aplicarla.

El haberse abrogado el artículo 4º de la Ley 90 de 1920 tiene singular significado en el sentido de que hoy no es posible legalmente dar cabida a esa dualidad de cuantías.

El actor ha podido decir en su demanda, por ejemplo, "estimo mi acción en más de mil pesos". Una frase así autoriza con su indefinición el procedimiento del artículo 524 del C. J., pues da campo a justo motivo de duda y no cierra la posibilidad de aumento; pero si ha dicho, v. gr., "estimo mi acción en mil pesos", lo categórico de estos términos cierra el paso al aumento y previene la duda. En el presente caso el demandante se expresó en esta forma categórica, señalando una cifra precisa inferior a los tres mil pesos supradichos, y el demandado no reclamó, lo que dejó esta fijación en firme.

Así las cosas, para el suscrito es del todo legal la negativa del Tribunal a conceder el recurso de casación.

Bogotá, diciembre 14 de 1945.

Firmado:

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

PRUEBA DE INDICIOS

1. — No es jurídico, al hacer el estudio de la prueba circunstancial o indiciaria, considerar aisladamente cada uno de los elementos que han servido al juzgador para adquirir la certeza del hecho que ha tenido por demostrado, sino que todos sus elementos han de examinarse con la debida coordinación y análisis, tendiente a buscar si del conjunto puede resultar la convicción.

En nuestro sistema probatorio las pruebas circunstanciales son admitidas en casos en que la ley no exige determinada prueba escrita. La prueba de indicios ha de ser suficiente para producir en el ánimo del juez la plena convicción. Se basa en una operación mental, en un juicio del hombre, en tanto que la prueba instrumental, la pericial, se fundan en un hecho externo independiente de todo raciocinio. En la prueba indicial el fundamento de la convicvicción está en el raciocinio.

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios los confía la ley a la conciencia del juez, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de sana crítica en materia de probanzas. Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria no puede la Corte hallar error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne con la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J.

2. — Ya dijo la Corte que "el Juez no puede, cuando se trata de un hecho negativo, exigir una prueba tan rigurosa como cuando se trata de un hecho positivo y que, en general, la prueba que se le exige al demandante no es una prueba total, completa de todos los hechos constitutivos o generadores de su derecho y que la repartición de la carga de la prueba depende menos de las calidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones, porque es el que avanza como demandante o demandado una proposición contraria a la apariencia, el que debe establecerla".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecienetos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas).

Antecedentes

1º — El 26 de noviembre de 1913, Francisco Mejía V., adquirió por compra hecha al señor Ramón María Salazar, un terreno situado en el punto de San Eustaquio, jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Cabal, sobre el camino del Otún, denominado Mendavia, adquisición que hizo por medio de la escritura pública número 532 de 26 de noviembre de 1913, debidamente inscrita en las oficinas de registro correspondiente.

2º — El 22 de julio de 1915 el Juez del Circuito de Santa Rosa de Cabal, concedió licencia judicial al mismo Mejía, para enajenar un predio agrícola que pertenecía en comunidad a sus hijos María Francisca, María Teresa y Sergio Mejía, por entonces menores de edad.

3º — Entre las razones expuestas por el apoderado del padre de los menores en el libelo de demanda encaminado a obtener tal licencia, conviene citar las siguientes: a) Que Francisco Mejía, o sea el padre, tenía una propiedad en el punto de San José, en el río Otún; b) Que desde tal paraje donde habitaba, le era difícil administrar los bienes de sus hijos; c) Que con el producto de la venta (la que iba a realizarse), Mejía había comprado otra propiedad más productiva, que en el momento de la solicitud de licencia, representaba un valor tres veces superior al precio por el cual fue negociada; d) Que en dicha propiedad quedarían convenientemente asegurados los intereses de los menores.

4º — Durante el término de prueba de las diligencias para obtener el citado permiso judicial, se recibieron declaraciones de tres testigos, los cuales estuvieron acordes en sostener que "con el producto de la venta que iba a realizarse, el padre compró una propiedad más productiva, que representa un valor tres veces superior". No señalaron cuál era esa propiedad, ni dieron dato alguno que pudiera servir para identificarla.

5º — Al otorgar el Juez la licencia, aceptó y dio por demostrado que existía motivo suficiente para concederla, por cuanto al padre se le dificultaba la administración del bien que poseían sus hijos y porque las operaciones verificadas por aquel, aseguraban y ensanchaban de una manera considerable el patrimonio de ellos. No expresó en su providencia cuáles eran las operaciones realizadas por el padre que aseguraban o ensanchaban el patrimonin de sus hijos, pero es lógico suponer que se refirió a lo dicho en la demanda, referente a que ya se había comprado un bien para los menores.

6º — El remate se hizo por la suma de $ 65.000.00 (sesenta y cinco mil pesos), papel moneda, que le fueron entregados a Mejía.

7º — Es de notarse, como consta de la respectiva copia que con las formalidades legales se trajo a los autos, que para la fecha en que se concedió la licencia, ya Mejía había adquirido por medio de la escritura pública número 532 citada atrás, el predio de Mendavia en la suma de $ 60.000.00 (sesenta mil pesos), papel moneda, que cubrió con un cheque pagadero en Manizales, a noventa y cinco días de plazo y abonando intereses en caso de mora al 2 % mensual.

8º — El 26 de mayo de 1942, María Francisca Mejía Lema de Giraldo, demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado del Circuito de Pereira, a su padre Francisco Mejía V., para que en sentencia definitiva se le condenara a pagarle el valor de su cuota herencial, la cual fue de $ 21.666.66, a la fecha en que los recibió Mejía, o sea el 14 de septiembre de 1915, más sus productos de ley, por haberse constituído el demandado desde entonces en depositario de su haber herencial.

9º — Que en consecuencia de la declaración anterior, pide afirmado el hecho, y así se disponga, que su cuota herencial está incorporada en la finca de Mendavia, situada en la región de San Eustaquio, en el Otún, en jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Cabal, inmueble que determinó y alinderó en el punto octavo de la demanda, estando, de consiguiente, obligado el señor Mejía a entregar la tercera parte de esa propiedad, por los linderos fijados en la escritura constitutiva de dominio, o sea la número 532 de 26 de noviembre de 1913, de la notaría de Santa Rosa de Cabal, por la cual compró el demandado al señor Ramón Salazar el inmueble citado.

Exigió además la indemnización de perjuicios por la mora, incluyendo el lucro cesante y el daño emergente y las costas del juicio.

El señor Mejía contestó la demanda expresando no recordar los hechos y exigiendo que la actora los demostrara. Con todo, sostuvo que había empleado el dinero de la demandante en darle educación, alimento y demás gastos comunes.

Sentencia recurrida

El Juez del Circuito de Pereira puso fin a la primera instancia por medio de la sentencia de fecha 17 de octubre de 1942, en la cual se condena al demandado al pago de $ 216.66, o sea a devolver a la señora Mejía de Giraldo la tercera parte del valor en que fue vendida la propiedad de los menores, haciendo la conversión del precio fijado en papel moneda a la moneda actual, al tipo oficial del 10.000%, y lo absolvió de los demás cargos propuestos. Nada dijo en cuanto al reclamo de los frutos o perjuicios también demandados.

Apelada la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior de Pereira la revocó, y en su lugar dispuso: a) Que Mejía debe pagar a la demandante el haber herencial que le correspondió en la mortuoria materna; b) Que la cuota correspondiente a María Francisca Mejía Lema de Giraldo en la sucesión de su madre, está incorporada en la finca Mendavia, situada en la región de San Eustaquio, en jurisdicción del municipio de Santa Rosa (Caldas).

El recurso

Contra la expresada sentencia del Tribunal Superior de Pereira, interpuso en tiempo recurso de casación el demandado señor Mejía, recurso que fue admitido en la oportunidad legal y que debidamente tramitado, pasa a decidirse.

Se acusa ante esta Corte la sentencia del Tribunal, con fundamento en la causal primera del artículo 520, con el cargo de que se violó en el fallo la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho manifiestos y errores de derecho en la apreciación de las pruebas, y por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 298, 741 y concordantes, 756, 763, 765, 1504, 1505, 1757, 1765, 1852, 2454, 2652, 2661, 2662, y 2673 del C. C. y 256, 630, 632, 687, 697 y 704 del C. J.

El recurrente en un extenso alegato presenta diversos cargos contra la sentencia de segunda instancia, los cuales, a su juicio, son suficientes para invalidarla y que presenta en los siguientes apartes:

— I —

Ataca la sentencia, por haber admitido el Tribunal, como prueba del derecho patrimonial que a la demandante María Francisca Mejía de Giraldo le correspondió en la causa mortuoria de su madre Gua-

dalupe de Mejía, la copia de la cartilla de adjudicación que carece de los registros de ley.

La demandante presentó en el juicio copia de la escritura pública número 541 de 7 de octubre de 1914, que contiene la protocolización de la referida causa mortuoria y la hijuela de adjudicación de bienes a doña Francisca. Aparece de tal instrumento que sólo se registró la sentencia aprobatoria de la partición y el auto que decretó su ejecutoria, sin que conste que se hubiera registrado la partición misma como era de rigor.

También alega el recurrente, que hay error evidente de hecho y de derecho en la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas traídas al proceso para demostrar la venta del bien de los menores Mejías en remate público, como consecuencia de la licencia judicial pedida en nombre de Mejía, por el señor Adolfo Buitrago. La alegación tiende a sugerir que no está demostrada la personería con que obró su apoderado al solicitar la referida licencia judicial que culminó con la venta al mejor postor del patrimonio herencial de la demandante.

La Corte considera

El presente litigio se ha encaminado a obtener que se declare por el Juez que determinado bien raíz adquirido por Francisco Mejía y hermanos, que fue vendido en subasta pública, el día 14 de septiembre de 1915, por ante el Juez del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por la suma de $ 65.000.00, que recibió Francisco Mejía para sus hijos de manos del rematador.

No se discute nada referente a la propiedad del predio vendido. Al juzgador le bastó saber que el día 14 de septiembre de 1915, Mejía había recibido una suma como precio del remate de un bien de los menores, con la cual debía pagar el valor de otro inmueble ya adquirido para sus hijos, como lo expresó en la demanda de licencia.

De la misma manera está fuera de lugar el desconocimiento que el recurrente Mejía, hace de su apoderado en las diligencias para obtener la licencia tantas veces mencionada. Al Juez en el presente proceso, le bastaba examinar la copia del acta de remate en la cual se extendió la diligencia respectiva.

Para demostrar los fundamentos de la licencia judicial, se trajo a los autos con las formalidades de ley, y con audiencia de Mejía, copia de gran parte del expediente que contiene las diligencias encaminadas a obtener la licencia judicial. Si todo ese juicio era una falsedad y quien se dijo obrar en nombre de Mejía no era su apoderado, tiempo tuvo en el juicio para tachar tales documentos.

Las copias traídas al proceso merecen todo crédito por haberse obtenido con citación de la parte contraria y en forma legal.

Por lo demás, hay que recordar que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos. Pero los hechos o motivos en que se apoyen las alegaciones ante la Corte, han de haber sido ya propuestas a los jueces de fondo. Si son de aquellos que no han sido materia de la controversia en el juicio, se llaman **medios nuevos**, que no pueden ser admitidos ni considerados en el recurso de casación. La tacha de la admisión de la hijuela que demuestra el título de propiedad de la demandante Mejía sobre los bienes que hubo por herencia materna y que vendió su padre mediante licencia judicial, no fue hecha en ninguna de las instancias del juicio. Igual cosa cabe decir con respecto a la objeción contra la personería de Adolfo Buitrago, para obrar por Mejía en las diligencias de licencia judicial.

Por lo expuesto se rechaza el cargo alegado.

— II —

Funda el recurrente este cargo en que por medio de la escritura pública número 532 de 26 de noviembre de 1913 de la Notaría de Santa Rosa de Cabal, debidamente inscrita, Ramón María Salazar, dio en venta a Francisco Mejía, una finca por linderos determinados. Que a pesar de que la escritura de venta habla claramente de que la compra la hizo Mejía en nombre propio, el Tribunal declaró que dicho inmueble no lo había adquirido el demandante para sí, sino para sus hijos, con el ánimo de incorporarles o subrogarles en aquel bien raíz, el valor de su derecho herencial. Con lo anterior, dice el recurrente, se desconoció de plano el tenor literal del precitado instrumento.

Insiste de nuevo en sostener que la compra hecha por Mejía fue en nombre propio, sin mencionar en la escritura a sus hijos, ni invocar su representación. Que el precio lo declaró recibido el vendedor de contado, mediante un cheque, que es un medio eficaz de pago.

Se acusa igualmente la sentencia por error de hecho en la apreciación de los testimonios de Manuel Montaño y Manuel Echeverri, porque se les concedió completa eficacia probatoria en contra de la escritura pública número 532, al suponer o deducir de tales testimonios que la compra que hizo don Francisco en 1913, fue para invertir los dineros provenien-

tes del remate del predio de sus hijos, y por afirmar, que don Francisco no ha poseído otros bienes distintos de aquel. Que el testigo Montaño únicamente ha dicho, al rendir su declaración en las diligencias levantadas por Mejía para obtener la licencia judicial, "que la utilidad de la venta se deducía del hecho de haber comprado ya otra propiedad más productiva y de mayor valor". Que tal deposición carece de eficacia por no haber dado Montaño la razón de su dicho, pues se limitó, cuando fue llamado a ratificar su testimonio en el presente litigio, a expresar como razón de su acerto, la frase siguiente: "porque así sucedió, pues el señor Mejía, cuando solicitó la licencia, ya tenía negociada otra propiedad para pagarla con el valor de la venta del bien de propiedad de los menores". Advierte en seguida, que no recuerda cuál fuera la propiedad comprada, ni que sea la adquirida por el señor Mejía por medio de la escritura número 532. Al ser contrainterrogado por la contraparte, termina sosteniendo que "al señor Mejía no le ha conocido sus bienes".

Análogo examen hace el recurrente de la declaración de Echeverri, quien al ratificar su testimonio en el juicio, afirma que cuando se solicitó la licencia judicial "el señor Mejía ya había comprado otro inmueble". No recuerda cuál fuera éste, pero manifiesta que sólo sabe que don Francisco Mejía ha poseído una finca en la región del Otún y una casa en Santa Rosa. De la misma manera ataca la declaración rendida por Jesús Jaramillo, "quien se aventura a decir que dicho inmueble (se refiere al predio de Mendavia), es al menos el único terreno que poseyó don Francisco de 1913 hasta el año de 1915 inclusive".

Comentando el recurrente estas declaraciones, manifiesta que una cosa es que los testigos sepan de sólo dos fincas poseídas por Mejía, y otra muy distinta la posibilidad de que no haya poseído otras, fuera de la citada por los testigos.

Que por esta errada estimación de pruebas se violó el artículo 704 del C. J., que reglamenta cómo deben apreciarse los testimoniós, sobre hechos anteriores coetáneos o posteriores, en relación con pruebas preconstituídas.

Que se ha desconocido en el fallo la fuerza probatoria que reviste el instrumento público, al tenor de los artículos 630 y 632 del C. J. y 1758, 1759 y 1765 del C. C., así como los artículos 756 y 763 del mismo texto, porque se ha desconocido como título de dominio en favor de Mejía, la escritura número 532 de 1913, debidamente inscrita, de la cual aparece que éste adquirió para sí y de contado.

Acusa, por último la sentencia, por violación del artículo 1757 del C. C., por cuanto el Tribunal consideró que tratándose de la prueba de un hecho negativo, como era el de que el señor Mejía no había invertido el precio de la venta del inmueble de sus hijos en otro bien raíz distinto del de Mendavia, le correspondía al demandado la carga de la prueba, o sea, demostrar qué otro bien distinto del de Mendavia había adquirido para sus hijos con tal dinero.

La Corte considera

Dos son los argumentos presentados por el recurrente para sustentar el motivo de casación: 1º) Que de la prueba testimonial aducida no surge la plena comprobación judicial sobre el hecho de que la compra del predio de Mendavia fue realizada con el ánimo de subrogar con ella la finca de los menores Mejía, que el padre vendió con las formalidades de ley: y 2º) Que del hecho o circunstancia de que Mejía no probara cómo invirtió el dinero, no puede deducirse que la compra hecha en 1913 fue la que había verificado Mejía para reemplazar el bien de sus hijos.

Hace el recurrente en su demanda de casación un análisis separado de los elementos de prueba que sirvieron al Tribunal para llegar al convencimiento de que la compra del predio Mendavia fue hecha con el deliberado propósito de subrogar con ella el bien de sus hijos, que luégo habría de ser vendido por Mejía.

No es jurídico, al hacer el estudio de la prueba circunstancial o indiciaria, considerar aisladamente cada uno de los elementos que han servido al juzgador para adquirir la certeza del hecho que ha tenido por demostrado, sino que todos sus elementos han de examinarse con la debida coordinación y análisis, tendiente a buscar si del conjunto puede resultar la convicción.

En nuestro sistema probatorio las pruebas circunstanciales son admitidas en casos como el presente en que la ley no exige determinada prueba escrita. La prueba de indicios ha de ser suficiente para producir en el ánimo del Juez la plena convicción. Se basa en una operación mental, en un juicio del hombre, en tanto que la prueba instrumental, la pericial, se fundan en un hecho externo independiente de todo raciocinio. En la prueba indicial, el fundamento de la convicción está en el raciocinio.

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios, los confía la ley a la conciencia del Juez, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de sana crítica en materia de probanzas.

Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba

indiciaria, no puede la Corte hallar error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne con la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

En el expediente hay una serie de pruebas que condujeron al juzgador a dar por demostrado el hecho de que la compra del predio de Mendavia se hizo por don Francisco Mejía para sus hijos, entre los cuales está la demandante.

En efecto, si se estudian y analizan los testimonios tachados de insuficientes por el recurrente y la prueba documental acompañada, fácil es deducir que de la coordinación y análisis de todos esos elementos se llega a la demostración del hecho capital en el juicio: que el predio de Mendavia se adquirió para los menores Mejías.

En el proceso obran los siguientes elementos de convicción:

1) — Copia de varias piezas del expediente levantado en 1915 por Francisco Mejía para obtener licencia judicial para enajenar un bien de sus menores hijos. Allí aparece copia del libelo de demanda en la cual se afirma "que el padre ya había comprado otra propiedad más productiva, que representaba un valor tres veces mayor del precio por el cual fue negociada y con la cual se aseguraba convenientemente a los menores".

2) — Copia de las declaraciones rendidas en las mismas diligencias para demostrar la necesidad y conveniencia de la venta del bien de los menores, por los testigos Manuel María Montaño, Baltasar Ríos y Manuel Echeverri, quienes estuvieron acordes en sostener la misma circunstancia de "que con el producto de la venta que iba a realizarse, Mejía había adquirido ya un inmueble para sus hijos, más productivo y que desde ahora representa un valor tres veces mayor".

3) — Copia de la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en que se concede licencia para vender un bien raíz de los menores Mejías, en donde el Juez expresa que concede la licencia por cuanto las operaciones realizadas por el padre, aseguran y ensanchan de una manera considerable el patrimonio de sus hijos.

4) — Durante el presente juicio se ratificaron en su testimonio los testigos Montaño y Echeverri, sosteniendo de nuevo lo relativo a la conveniencia de la venta del inmueble de los menores, por cuanto el padre había adquirido una finca que tenía un precio tres veces superior al de compra. Montaño al ser repreguntado, manifiesta que no sabe cuál es esa propiedad. Echeverri hace igual aseveración, pero declara que él no le ha conocido más bienes a Mejía que la finca en el Otún (donde está situada Mendavia) y una casa en Santa Rosa.

5) — En el término probatorio se recibió la declaración de Jesús Jaramillo, quien sostiene que el predio de Mendavia es "al menos el único terreno que poseyó don Francisco de 1913 a 1915". Recuérdese que Mejía expresó en la demanda de licencia (25 de junio de 1915) que ya había comprado una finca para los menores.

6) — Consta de autos la copia de la escritura pública número 532 de 26 de noviembre de 1913, por la cual Francisco Mejía compró a Ramón María Salazar un terreno en el Otún, llamado Mendavia. Aun cuando se dice que la compra fue de contado, es evidente que se cubrió su precio con un cheque pagadero en Manizales, con noventa y cinco días de plazo y obligándose el comprador a abonar intereses en caso de mora a la rata del 2 % mensual. La compra fue hecha por $ 60.000.00 papel moneda y la finca de los menores fue vendida por $ 65.000.00. Es muy significativa la estipulación de intereses, lo que da asidero para pensar que el cheque no era una orden irrevocable de pago.

7) — Varios testigos fueron presentados para demostrar que María Francisca Mejía, al fallecer su madre, se fue a vivir con un pariente quien le costeó la alimentación, gastos de educación, etc., con lo cual queda desvirtuada la afirmación hecha por Mejía relativa a que el dinero valor del remate del bien de su hija, fue empleado en los mencionados gastos.

El Tribunal fundamentó su sentencia en el estudio de la prueba indicial que acaba de detallarse, no sin hacer mérito de que el demandado señor Mejía no demostró, por otra parte, que hubiera adquirido un bien distinto del de Mendavia, para sus hijos, es decir, que ante el hecho negativo de la no compra de otro bien, el señor Mejía ha debido demostrar la tesis positiva: cuál otro bien, distinto del de Mendavia, había adquirido antes de la licencia judicial para vender los bienes de sus hijos, como lo sostuvo en el libelo de demanda para tal efecto.

"El Juez no puede, ha dicho la Corte, cuando se trata de un hecho negativo, exigir una prueba tan rigurosa como cuando se trata de un hecho positivo, y que, en general, la prueba que se le exige al demandante no es una prueba total, completa de todos los hechos constitutivos o generadores de su

derecho y que la repartición de la carga de la prueba "depende menos de las calidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones, porque es el que avanza como demandante o demandado una proposición contraria a la apariencia, el que debe establecerla". (G. J., Tomo 44. Página 106).

Sostienen la misma opinión diversos tratadistas, entre los cuales se pueden citar a Planiol y Ripert, Tomo VII, número 1419, y a Carlos Lessona, La Prueba en Derecho Civil, Tomo I, número 139, página 237.

— III —

Finalmente acusa el recurrente el fallo del Tribunal por violación de los artículos 1666 y 1667 del C. C., por haberse declarado, sin base legal para ello, que la cuota herencial de la señora Francisca Mejía está incorporada en el predio Mendavia, en virtud de subrogación.

Tales disposiciones no tienen relación alguna con el pleito. Se refieren al pago por subrogación, o sea la trasmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga.

También hace capítulo especial el recurrente sobre la falta de identidad entre los linderos señalados en la escritura número 532 por la cual adquirió Mejía el predio de Mendavia y los linderos indicados para la misma propiedad en el hecho octavo de la demanda materia del pleito.

Sobre el particular observa la Corte que el Tribunal en su sentencia condenó a Mejía a restituír a la demandante la tercera parte del predio de Mendavia que había adquirido por la escritura número 532 de 26 de noviembre de 1913. No se discute en este juicio nada relacionado con los linderos del inmueble, ni sobre la identidad del bien.

Se declaran por lo tanto improcedentes tales cargos.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 1º de febrero de 1944 del Tribunal Superior de Pereira.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN ENDOSO Y REIVINDICACION

1.—Ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia que es en la parte resolutiva donde debe buscarse la incongruencia de ésta con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

2.—Al decir el Tribunal sentenciador que "un título o un documento son susceptibles de acción reivindicatoria, como lo es un semoviente o un inmueble", se equivoca a todas luces, pues de conformidad con lo dispuesto por los artículos 947 y 948 del Código Civil, la acción reivindicatoria sólo procede en relación con cosas corporales, raíces y muebles y con respecto a los derechos reales, con excepción del derecho de herencia que sólo produce la acción de petición de herencia. De consiguiente, y como así lo ha resuelto la Corte en reiterada jurisprudencia, la acción de dominio no tiene cabida con respecto a los derechos personales o créditos, los cuales sólo pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas y cuya naturaleza no da nacimiento a relaciones jurídicas sino de persona a persona.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, ocho (8) de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

(Magistrado ponente:

Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

La señora Carmen Dulcey de Idrobo hablando en su propio nombre pidió al señor Juez Segundo del Circuito en lo Civil de Popayán, que previos los trámites del juicio ordinario y con citación y audiencia de los señores Manuel José Maya y Sixto Rebolledo, se hicieran en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"**Primera.** — Es nulo, de nulidad absoluta, el endoso y traspaso del crédito de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) suscrito por don Fabio Grueso a favor del doctor Joaquín Rebolledo el (20) veinte de mayo de mil novecientos veintinueve (1929), endoso y traspaso hecho por Sixto Rebolledo a favor de Manuel José Maya.

"**Segunda.** — Pertenece a la parte ilíquida de la sucesión de Pedro Córdoba, representada por su única heredera Carmen Dulcey de Idrobo, el derecho de dominio pleno y absoluto del crédito suscrito por don Fabio Grueso a favor del doctor Joaquín Rebolledo, por la cantidad de cuatro mil pesos, el 20 de mayo de 1929, y endosado ilegalmente por Sixto Rebolledo a favor de Manuel José Maya.

"**Tercera.** — Entregue Manuel José Maya actual poseedor del crédito en mención, y tan pronto como quede ejecutoriada la presente sentencia, a Carmen Dulcey de Idrobo heredera única de la sucesión de Pedro Córdoba, y para la parte ilíquida de esta sucesión, el crédito firmado por don Fabio Grueso a favor del doctor Joaquín Rebolledo el 20 de mayo de 1929, y por cuatro mil pesos.

Peticiones subsidiarias

"**Primera.** — Pertenece a la parte ilíquida de la sucesión de Pedro Córdoba, representada por su única heredera Carmen Dulcey de Idrobo, el derecho de dominio pleno y absoluto del dinero que debe recaudarse por cuenta del crédito sucrito por don Fabio Grueso a favor del doctor Joaquín Rebolledo, el día (20) veinte de mayo de mil novecientos veintinueve (1929), y que fue ilegalmente endosado por Sixto Rebolledo a favor de Manuel José Maya.

"**Segunda.** — Entregue Manuel José Maya, tan pronto como quede ejecutoriada la presente sentencia, a Carmen Dulcey de Idrobo, única heredera de la sucesión de Pedro Córdoba, y para la parte ilíquida de esta sucesión, el valor en dinero que se haya recaudado por cuenta del crédito suscrito por don Fabio Grueso a favor del doctor Joaquín Rebolledo, el 20 de mayo de 1929, por la cantidad de cuatro mil pesos, si al terminarse este juicio

Manuel José Maya ya ha percibido el valor en dinero del mencionado crédito".

Como hechos fundamentales de esa demanda indicó la actora los siguientes:

"a).—El día 20 de mayo de mil novecientos veintinueve, el señor don Fabio Grueso suscribió a favor del doctor Joaquín Rebolledo un crédito, por la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) m|l., que debía ser cubierto en el plazo de un año a partir de la fecha en que se suscribió el pagaré.

"b).—A la muerte del doctor Joaquín Rebolledo, acaecida en esta ciudad el 27 de enero de 1930, el mencionado crédito suscrito por don Fabio Grueso, y que no había sido cubierto todavía, se adjudicó al albacea de la sucesión del doctor Rebolledo, señor Pedro Córdoba.

"c).—Muerto el señor Pedro Córdoba en esta misma ciudad el día 13 de julio de 1931, fuí declarada heredera única de todos sus bienes dentro de su sucesión por auto de diez y nueve de agosto de mil novecientos treinta y uno.

"d).—En el testamento de mi padre Pedro Córdoba, fue declarado albacea de sus bienes el señor Sixto Rebolledo, en tanto que el señor Manuel José Maya obraba como mandatario o apoderado mío en la mentada sucesión de mi padre Pedro Córdoba.

"e).—A pesar de que, como queda dicho, el mencionado crédito por cuatro mil pesos, suscrito por don Fabio Grueso a favor del doctor Joaquín Rebolledo, fue adjudicado a mi padre Pedro Córdoba dentro de la sucesión del doctor Joaquín Rebolledo, lo cierto es que este crédito no se inventarió por Sixto Rebolledo, cuando era su obligación hacerlo así.

"f).—Sin embargo, el tan mencionado crédito suscrito por don Fabio Grueso a favor del doctor Joaquín Rebolledo, el 20 de mayo de 1929, sí se vendió ilegal y abusivamente como bien de la sucesión de mi padre Pedro Córdoba, en virtud de la nota de endoso y traspaso suscrita por Sixto Rebolledo en el mismo documento y fechada el día 16 de enero de 1932.

"g).—El endoso y traspaso a que se refiere el hecho anterior, fue hecho a favor del señor Manuel José Maya que, como se dijo, figuraba como mi apoderado o mandatario judicial, dentro de la sucesión de mi padre Pedro Córdoba.

"h).—Este endoso y traspaso, por valor recibido, lo hizo Sixto Rebolledo a espaldas de mi persona, única heredera en la sucesión de Pedro Córdoba, y por consiguiente sin mi consentimiento y autorización, y sin ninguna autorización judicial.

"i).—Este crédito está hoy día en poder del señor Manuel José Maya, y trato de reivindicar el derecho de dominio de él, o de su valor en dinero, para la parte ilíquida de la sucesión de Pedro Córdoba, representada por mí, única heredera".

Al contestar esa demanda los demandados propusieron como excepciones perentorias las de inepta demanda, cosa juzgada, carencia de acción y prescripción, y surtido el juicio por los trámites correspondientes el señor Juez del conocimiento lo desató en sentencia de treinta de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en la cual se abstuvo de hacer las declaraciones solicitadas y en cambio declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva de la demandante.

Contra esa sentencia interpuso la actora recurso de apelación y surtida que fue la segunda instancia con el lleno de las ritualidades pertinentes, el Tribunal Superior de Popayán le puso fin con la de veinte de junio del año próximo pasado, mediante la cual revocó la apelada e hizo las siguientes declaraciones:

"Primero: Es nulo, de nulidad absoluta, el endoso o traspaso del crédito de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) suscrito por Fabio Grueso en favor de Joaquín Rebolledo el 20 de mayo de 1929, endoso hecho por Sixto Rebolledo a favor de Manuel José Maya.

"Segundo: Pertenece a la parte ilíquida de la sucesión de Pedro Córdoba representada por la heredera única Carmen Dulcey de Idrobo, el derecho de dominio pleno y absoluto del crédito suscrito por Fabio Grueso en favor de Joaquín Rebolledo, a que se refiere la anterior declaración.

"Tercero: Entregue Manuel José Maya a Carmen Dulcey de Idrobo el crédito aludido, una vez ejetoriada esta sentencia.

"Cuarto: No hay lugar a proferir las declaraciones subsidiarias pedidas.

"Quinto: No están probadas las excepciones perentorias propuestas".

El Tribunal tuvo como fundamento para hacer las anteriores declaraciones las consideraciones que a continuación se sintetizan:

Que del testamento otorgado por Pedro Córdoba y del reconocimiento judicial que al efecto se le hizo con base en aquél aparece claramente demostrado que la demandante es heredera universal del mencionado señor Córdoba; que a éste como albacea que fue del doctor Joaquín Rebolledo se le adjudicó en la partición de bienes del citado doctor Rebolledo, en la hijuela de deudas y gastos,

un crédito por cuatro mil pesos a cargo de Fabio Grueso y a favor de Rebolledo; que desde el momento de esa adjudicación el mencionado crédito entró al patrimonio del asignatario señor Córdoba; que una vez fallecido éste, tal crédito pertenecía o pertenece a su sucesión; que el albacea de Pedro Córdoba, señor Sixto Rebolledo era por sí solo legalmente incapaz para prestar el consentimiento necesario en el contrato de cesión de ese crédito sin anuencia o consentimiento de la señora Dulcey de Idrobo, por lo cual tal contrato es absolutamente nulo; que "aun dado caso que ese solo consentimiento bastara, el contrato sería absolutamente nulo porque procedió el albacea contra expresa prohibición de la ley (artículo 6º), desde luego que el artículo 576 prohibe a los albaceas vender o enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, salvo ciertos casos contemplados en esa disposición"; que de todo lo anterior se concluye "la existencia de la acción incoada en favor de la demandante (Ley 50 de 1936)".

En cuanto a las excepciones alegadas por los demandados estimó el sentenciador que la de inepta demanda es improcedente porque tratándose de conseguir la nulidad del contrato de cesión los demandados no podrían ser otros que el cedente y el cesionario del crédito aludido; que respecto a la de cosa juzgada no se reunen los requisitos necesarios para que tal excepción tenga existencia; que en lo que se refiere a la de improcedencia de la acción "un título o documento es suceptible de acción reivindicatoria como lo es un semoviente o un inmueble, y que siendo la acción establecida la de nulidad absoluta de la cesión del crédito y la reivindicatoria, como consecuencia de la primera, dicha acción prescribe en 20 años, en armonía con el artículo 2536 del Código Civil y con la Ley 50 de 1936, por cuyas razones juzga también improcedentes la excepción de prescripción.

Contra esa sentencia interpusieron recurso de casación los demandados y agotada como está la tramitación que le es propia, procede hoy la Corte a decidirlo.

El recurso

Acusan los recurrentes la referida sentencia con fundamento en la causal 1ª de casación, por considerarla violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, y con base en la causal 2ª, por estimar que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por ellos. Juzga la Corte que para seguir un orden lógico en el estudio de los cargos que vienen formulados debe proceder en primer término al análisis del que se hace con fundamento en la causal 2ª.

A este respecto sostienen los recurrentes que el demandado Manuel José Maya alegó tanto en primera como en segunda instancia la prescripción adquisitiva del crédito materia del juicio; que el Tribunal omitió en la sentencia el estudio y resolución sobre este punto, y que por esta omisión violó en la sentencia los artículos 776, 2529 y 2538 del Código Civil por las razones que exponen en el respectivo capítulo de la demanda de casación.

Estima la Sala que el cargo anterior carece de todo fundamento, porque en el punto quinto de las declaraciones de la sentencia el Tribunal resolvió que "no están probadas las excepciones perentorias propuestas", y al decidirlo así, está fallando sobre todas las invocadas. Y aún cuando como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, es en la parte resolutiva de la sentencia en donde debe buscarse la incongruencia de ésta con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, entre los considerandos de aquella también aparece que el Tribunal consideró y encontró improcedente la excepción de prescripción alegada por Maya. De todo ello se desprénde que lejos de ser incongruente con las pretensiones de las partes, la sentencia se conforma a lo alegado oportunamente por éstas.

De otro lado la alegación de violación de la ley sustantiva que hacen los recurrentes con base en la causal 2ª y por el extremo que se considera, no es pertinente en dicha causal, pues tal alegación podría sólo tener cabida dentro de la primera, que es la adecuada para el examen de los posibles errores de derecho o de violaciones directas o indirectas de la ley en que hubiere podido incurrir el sentenciador.

Por tanto, se rechaza el cargo, y se procede al estudio de los que se formulan con base en la causal primera.

Afirman los recurrentes que el Tribunal aplicó indebidamente, por interpretación errónea del testamento de Pedro Córdoba, el artículo 1155 del Código Civil, incurriendo en error de hecho y de derecho al asignarle a la demandante el carácter de heredera a título universal de aquél, pues sostienen con apoyo en el testamento y en lo dispuesto en el artículo 1162, en armonía con el inciso 3º del artículo 1008 del Código Civil, que la señora

Dulcey de Idrobo es una asignataria a título singular.

La Corte considera:

Conforme a lo establecido en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial para que una acusación de violación de ley sustantiva por error de hecho en la apreciación de una prueba pueda prosperar, es menester que se le impute al sentenciador haber incurido en un error de hecho evidente, que aparezca de manifiesto en los autos y que se demuestre así por el recurrente. En el caso de autos no se ajusta a lo dispuesto por ese precepto legal el cargo que formulan aquéllos, pues apenas imputan a la sentencia error en la interpretación de la cláusula séptima del testamento, sin añadir que él sea evidente y manifiesto. No obstante la anterior observación que sería suficiente para rechazar parcialmente el cargo en referencia, la Corte encuentra que no es equivocada la apreciación que al respecto hizo el Tribunal, pues en la cláusula séptima del testamento otorgado por Pedro Córdoba (folios 1 y 2 del cuaderno de pruebas número 2) después de declarar éste que había reconocido con anterioridad como su hija natural a la señora Dulcey de Idrobo y que confirma ese reconocimiento por medio del testamento, dice expresamente que la instituye "como mi heredera y a la cual le dejo como su legítima la finca denominada "El Novillero" con los potreros anexos La Mulata y Mulatica" y agrega que "si el valor de estos inmuebles no completare la mitad legitimaria, el resto se le completará en semovientes y si el valor de estos bienes excediere a la mitad, el exceso se imputará a la otra mitad de que puedo disponer libremente". Si a esto se añade que el testador declaró en las cláusulas primera y segunda de su testamento que no tenía ascendientes ni descendientes legítimos y que había permanecido soltero durante toda su vida, se comprende, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1240 del Código Civil, que la demandante tiene la condición legal de legitimaria única y que conforme a lo prescrito en el inciso 2º del artículo 1239, como tal legitimaria tiene de derecho la calidad de heredera del mencionado causante. No obsta para llegar a esa conclusión el hecho de que el testador haya designado expresamente en el testamento bienes para pagarle a la señora Dulcey de Idrobo lo que le corresponde en razón de su mitad legitimaria, porque al hacerlo así la voluntad de aquél no fue de desvirtuar sus anteriores disposiciones, sino la de indicar la manera como él quería que se enterase a su heredera la cuota de bienes a que tenía derecho.

Se rechaza, pues, el cargo.

Alegan los recurrentes que el Tribunal, mediante errada interpretación de la nota de cesión puesta al pie del documento de crédito de que antes se habló, violó por indebida aplicación los artículos 1502, 1504, 1350 del Código Civil, pues sostiene que "Sixto Rebolledo no ha cedido a Manuel José Maya ningún crédito que aparezca, perfectamente demostrado en los autos, como de exclusiva propiedad de la sucesión de Pedro Córdoba" y que faltando esa demostración, "no pesa sobre él (Sixto Rebolledo) la incapacidad que le atribuye el Tribunal para que sólo su consentimiento no sea suficiente al contrato de cesión del crédito en cuestión". Agregan los recurrentes que Sixto Rebolledo obró "como simple mandantario del albacea de Joaquín Rebolledo, señor Pedro Córdoba, en un acto de pertenencia exclusiva del albaceazgo de Joaquín Rebolledo" para dar con ello a entender que no disponía, cuando hacía la cesión del crédito referido, de un bien de la sucesión de Pedro Córdoba.

Considera la Corte:

Consta de autos (folios 2 y 3, cuaderno principal de la demanda) que en la sucesión del doctor Joaquín Rebolledo se le adjudicó a Pedro Córdoba la hijuela de deudas, entre las cuales se encuentra el crédito a cargo de Fabio Grueso, por ser él —según reza ese documento— "quien ha hecho los gastos del juicio y quien debe satisfacer los demás pagos que constan en las respectivas hijuelas", y con base en tal adjudicación el sentenciador estimó que ella hizo a Córdoba dueño absoluto de tal acreencia, la cual por muerte de éste, pertenece hoy a su sucesión.

Conceptúa la Sala que dada la forma como tal adjudicación se hizo a Pedro Córdoba la propiedad de ese crédito se le transmitió a aquél en pleno dominio, y le sirven para sostenerlo así las razones que sobre este mismo punto se expusieron en sentencia de casación de diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y seis, en la cual se dijo lo siguiente:

"Cree la Corte que la adjudicación de un crédito activo de una sucesión hecha por el partidor a favor del albacea con tenencia de bienes, con la aprobación de todos los partícipes y representantes de los derechos del difunto y con la expresa atestación que hace el partidor en la hijuela de que la adjudicación del crédito a favor de dicho albacea tiene por causa el que éste ha hecho gas-

tos del juicio que se le deben pagar y que además está encargado de hacer otros pagos que constan en hijuelas, tiene claramente el alcance de transferirle al adjudicatario todos los derechos que el causante tenía por razón de su crédito, de acuerdo con lo establecido en la primera parte del artículo 1401 y en el 673 del C. C. No se ve por qué motivo legal no pueda hacerse esa adjudicación en propiedad del albacea, que implica una verdadera dación en pago, sobre un crédito perteneciente a la sucesión, cuando todos los herederos lo aceptan así y tienen en cuenta la circunstancia advertida por el partidor de que el albacea con tenencia de bienes ha estado haciendo pagos por cuenta de la sucesión y ha de seguir haciendo otros, si todo eso se entiende sin perjuicio de los derechos de los acreedores que no están obligados a conformarse con los arreglos verificados sin su intervención". (Gaceta Judicial, Nos. 1920 y 1921, pág. 693).

De otro lado al pie del documento contentivo del crédito mencionado figura la nota de diez y seis de enero de mil novecientos treinta y seis, suscrita por Sixto Rebolledo como albacea de Pedro Córdoba, en la cual el primero de estos aparece endosando dicho documento a Manuel José Maya o a su orden "por valor recibido", y si como se ha visto tal crédito pertenecía o pertenece a la sucesión de Córdoba, es del todo evidente que al negociarlo en tal forma Rebolledo dispuso de un bien cuya propiedad correspondía a la sucesión de Córdoba, obrando para tal efecto en su condición de albacea de éste, y no como simple mandatario suyo en calidad de albacea de Joaquín Rebolledo, como lo pretenden los recurrentes.

De consiguiente, dadas las anteriores situaciones y las razones que más adelante se expresarán alrededor de este tema, sí es evidente que pesaba sobre Sixto Rebolledo la incapacidad que le atribuye el Tribunal al sostener que por sí solo, y por estarle además vedado, era legalmente incapaz para prestar el consentimiento necesario para el perfeccionamiento del contrato de cesión.

Por el extremo que se ha considerado se rechaza el cargo.

Afirman los recurrentes que el Tribunal violó las siguientes disposiciones del Código Civil: el artículo 1502, por errada interpretación e indebida aplicación al caso que se estudia, en cuanto sostienen que el "consentimiento de Sixto Rebolledo a la cesión del crédito no adolece del vicio que le atribuye el Tribunal" de nulidad absoluta porque en tal acto aquél obró "como mandatario del albacea del doctor Joaquín Rebolledo"; los artículos 1350 y 576 del Código Civil, porque dicen que "aun suponiendo que el mencionado crédito hubiera pertenecido a la sucesión de Pedro Córdoba, a su albacea no le estaba prohibido" ceder ese crédito para el pago de deudas del causante, porque esa prohibición se limita a los bienes muebles y a los inmuebles y no a los créditos; el artículo 1741 del Código Civil por cuanto sostienen que el vicio que el Tribunal encuentra en el contrato de cesión es relativo a la calidad o estado de las personas, que no es inductivo de nulidad absoluta; el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, porque "la nulidad absoluta sólo puede ser declarada cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato" y al de "cesión de crédito de que se viene hablando no le falta ninguno de los requisitos que la ley exige para su validez en consideración a su naturaleza", y el artículo 6º del Código Civil, que califican de indebidamente aplicado al caso que se estudia, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 576 del Código Civil, que —agregan— nada tiene que ver con el crédito cedido porque quien lo cedió fue su propio dueño, representado por su mandatario.

Por estar estrechamente vinculados entre sí los anteriores reparos que los recurrentes hacen a la sentencia, la Corte estima conveniente agruparlos para considerarlos conjuntamente, como al efecto pasa a hacerlo:

La cuestión de hecho cuyas consecuencias jurídicas deben determinarse en presencia de las anteriores acusaciones, puede plantearse con toda propiedad en los siguientes términos:

El crédito por cuatro mil pesos ($ 4.000.00) contenido en el documento privado de fecha veinte de mayo de mil novecientos veintinueve suscrito por Favio Grueso a favor de Joaquín Rebolledo pertenecía o pertenece, de conformidad con lo anteriormente expresado, a la sucesión de Pedro Córdoba; y el señor Sixto Rebolledo en su condición de albacea con tenencia de bienes de esa sucesión, cedió dicho crédito a Manuel José Maya o a su orden por valor recibido, con fecha diez y seis de enero de mil novecientos treinta y dos

El acto o contrato en referencia celebrado por Sixto Rebolledo encaja dentro de una de estas tres hipótesis: La de venta de cosa ajena; la de venta para pagar deudas de la sucesión de Córdoba, o en la de un acto dispositivo realizado en su condición de albacea. En cuanto a la primera de dichas hipótesis, ni las partes han pretendido que se trate de una venta de cosa ajena, ni en realidad

ella puede darse jurídicamente en el caso de autos, porque es de la esencia de ese acto que una persona venda como propia una cosa que no le pertenece y está fuera de dudas que Rebolledo cedió el mencionado crédito no en su propio nombre sino en su condición de albacea de la sucesión de Pedro Córdoba. Respecto a la segunda de esas hipótesis los recurrentes han insinuado en su alegato de casación, sin afirmarlo expresa y categóricamente, y sin que por otra parte exista al respecto prueba alguna en los autos, que dicha cesión se hizo para pagar parte del legado de Rebolledo a los hijos de Maya, pero ello mismo está indicando que la cesión no se realizó con el propósito de pagar deudas de la sucesión de Córdoba, que era la propietaria del crédito en el momento en que el endoso se hizo. De otro lado aparece expresamente en la constancia de cesión que Sixto Rebolledo cedió el crédito "por valor recibido" y en su condición de albacea, por cuyas razones precisa descartar la segunda de las hipótesis expresadas.

Pero en el evento de que la finalidad de la cesión hubiese sido el pago de deudas del causante Pedro Córdoba, las consecuencias jurídicas que de ese hecho se derivan son bien claras porque de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1353, en armonía con el 1345 del Código Civil, el albacea era, como lo observa el Tribunal, legalmente incapaz para verificar por sí solo el contrato de cesión, ya que era menester que ese pago lo hiciera, como lo dice expresamente la disposición legal últimamente citada "precisamente con intervención de los herederos presentes" es decir, con el consentimiento de éstos, que son a quienes pertenecen los derechos y obligaciones transmisibles del causante. Por manera que se echa de menos el segundo de los requisitos de que habla el artículo 1502 ibidem, o sea el consentimiento indispensable y esencial para que hubiera alcanzado vida jurídica y tuviera existencia real el contrato de cesión. Ahora atendiendo a que el artículo 1741 del Código Civil prescribe que tiene la calidad de nulidad absoluta la producida por la omisión de alguna formalidad de las que las leyes "prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos", y siendo como se ha dicho, el consentimiento uno de los requisitos indispensables legalmente para el nacimiento, la validez y firmeza de todo contrato, su falta implica necesariamente la nulidad absoluta del contrato en que ella ocurra, como así lo ha entendido el Tribunal.

Mas el caso que se analiza encaja con toda propiedad en la tercera de las hipótesis antes mencionadas, o sea que constituye un verdadero acto de disposición por parte del albacea, desde luego que la cesión de un crédito por valor recibido entraña una clásica venta del mismo. Así considerada la cuestión las consecuencias jurídicas que de ella nacen son igualmente nítidas. En efecto, el artículo 1353 del Código Civil enseña que el albacea con tenencia de bienes tiene las mismas facultades y obligaciones del curador de la herencia yacente y el artículo 575 del Código Civil dispone que aquel está sujeto en su administración a todas las trabas de los tutores y curadores y que además se le "prohibe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación y los necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas de sus respectivos representados. Y el artículo 576 estatuye a su turno que se le "prohibe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aún los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas la requiera". Por consiguiente, si al albacea le está expresamente prohibido por la ley ejecutar aún los actos administrativos distintos de los expresamente referidos y si además le prohibe especialmente alterar aún "la forma de los bienes", entre los cuales, dado el sentido genérico en que está usada en la ley la palabra "bienes", deben comprenderse los de toda clase, es decir, inmuebles, muebles, derechos reales o personales, y si por otra parte, como antes se ha visto, la finalidad de la cesión hecha por Rebolledo no tuvo en mira el pago de deudas de la sucesión de Pedro Córdoba, es claro que al efectuar aquella cesión dicho albacea, ejecutó un acto o contrato de venta o de disposición de bienes y no de administración, el cual estaba fuera de sus atribuciones legales y le quedaba prohibido expresamente por fuerza de las disposiciones que acaban de citarse. Y si de otro lado el artículo 6º, inciso 2º, del Código Civil ordena que "en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley" y si además conforme a lo dispuesto en el artículo 1523 ibidem hay "objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes", es del todo evidente, como así lo anotó el Tribunal con fundamento en las disposiciones legales que aquí se citan, que la cesión tántas veces citada adolece de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil.

Y justificada y establecida esa nulidad absoluta era imperioso que el Tribunal accediera a la solicitud de la demandante para que se hiciera su reconocimiento, sin que obstara para ello, como al contrario lo sostienen los recurrentes, la circunstancia de que ella no apareciera de manifiesto en el acto o contrato, pues el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 no puede entenderse, como lo pretenden los recurrentes, en el sentido de que tal clase de nulidad sólo puede ser declarada por el Juez cuando resulte de manifiesto en el acto o contrato, ya que lo que ocurre en tal caso es que el Juez tiene el deber de declararla aún sin petición de parte, pero es obvio que tal deber es más imperioso, si cabe, cuando ha mediado solicitud de parte interesada y en el proceso está evidenciada la existencia del mismo vicio.

Por lo tanto se rechazan los cargos que se dejan estudiados.

Afirman los recurrentes que el Tribunal violó el artículo 950 del Código Civil al declarar infundada la excepción de improcedencia de acción cuando dijo que "a la demandante le asiste el derecho de pedir" y fundamentan este cargo en que la señora Dulcey de Idrobo, según opinión de ellos, no es heredera universal de Pedro Córdoba sino asignataria a título singular y en que la misma señora no ha traído a los autos el título que acredite que la sucesión de Pedro Córdoba tiene la propiedad del crédito en cuestión, por lo cual consideran que la demandante carece de personería sustantiva en este asunto.

El precedente reparo, así formulado, carece de todo fundamento, pues ya antes quedó esclarecido que la demandante sí es heredera a título universal de Pedro Córdoba y que la hijuela de adjudicación del crédito en referencia, traída a los autos, constituye el título de dominio en favor de la sucesión. Y como los herederos representan (artículo 1155 del Código Civil) la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, es claro q' a la demandante sí le asiste el derecho que ha invocado en el presente juicio para pedir en nombre y para la sucesión de Pedro Córdoba.

Lo dicho es suficiente para rechazar, como se rechaza, el cargo.

Sostienen por último los recurrentes que la sentencia del Tribunal violó directamente los artículos 947 y 948 del Código Civil cuando declaró infundada la excepción de improcedencia de la acción incoada. En el desarrollo de este cargo dicen en síntesis los recurrentes que no procede la acción reivindicatoria de un crédito pues ella sólo está consagrada con respecto a las cosas corporales y a los derechos reales.

La Corte considera:

En la parte acusada de la sentencia el sentenciador estimó en verdad al desechar la excepción en referencia, que "un título o un documento son susceptibles de acción reivindicatoria, como lo es un semoviente o un inmueble" y este concepto del Tribunal es a todas luces equivocado, pues de conformidad con lo dispuesto por los artículos 947 y 948 del Código Civil, la acción reivindicatoria sólo procede en relación con cosas corporales, raíces y muebles y con respecto a los derechos reales, con excepción del derecho de herencia que sólo produce la acción de petición de herencia. De consiguiente, y como así lo ha resuelto la Corte en reiterada jurisprudencia, la acción de dominio no tiene cabida con respecto a los derechos personales o créditos los cuales sólo pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas y cuya naturaleza no da nacimiento a relaciones jurídicas sino de persona a persona. Por tanto al haber aplicado el Tribunal las disposiciones que se dejan citadas al caso de este pleito incurrió en una clara violación de ellas.

Empero la prosperidad de ese cargo no habrá de llevar a la Corte a la casación de la sentencia en cuanto declara que el demandado Manuel José Maya está obligado a entregar el documento del crédito aludido, una vez ejecutoriada la sentencia a la demandante señora Dulcey de Idrobo, porque a la misma conclusión hay que llegar por virtud de la declaratoria de nulidad absoluta de que adolece el contrato de cesión, según lo que anteriormente se ha expuesto, porque de conformidad con lo estatuído por el artículo 1746 del Código Civil, la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, y la manera adecuada para hacer esa restitución en el caso de autos no es otra que la de hacer volver a manos del verdadero dueño el crédito cedido y entregado al cesionario, decretando en favor de aquél la entrega o devolución del correspondiente título.

Mas el reconocimiento de la razón que parcialmente les asiste a los recurrentes en el cargo que han formulado tiene su repercusión en esta sentencia en cuanto a lo que hace referencia a las

costas del recurso, las cuales no habrán de correr a cargo de ellos, porque en presencia de esa circunstancia ha de aplicarse por analogía el numeral 2º del artículo 575 del Código Judicial, ya que a los recurrentes les ha asistido un motivo plausible para interponer el recurso.

Es de advertir aquí que los recurrentes formulan en su alegato de casación algunos reparos a la sentencia en cuanto ésta desechó y declaró no probadas las excepciones de inepta demanda y de cosa juzgada; pero en esta parte el recurso más parece un alegato de instancia que una demanda de casación, porque los recurrentes olvidaron cumplir con la obligación que les impone el artículo 531 del Código Judicial, de citar los textos legales que hubieren estimado infringidos. De otra parte las excepciones en sí carecen de fundamento: la de inepta demanda, porque solicitándose la nulidad del contrato de cesión los demandados no pueden ser otros que aquellas personas que intervinieron en la celebración de ese contrato; la de cosa juzgada, porque no se reunen los requisitos para que ella tenga existencia, pues la demandante no intervino como actora en los anteriores juicios a que se refieren los recurrentes y en ellos tampoco se decidió sobre las cuestiones planteadas en el presente, y la de prescripción, porque adoleciendo, como ya se dijo, el expresado contrato de nulidad absoluta, por objeto ilícito, ella no es saneable por prescripción. (Artículo 2º, Ley 50 de 1936).

FALLO

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Popayán con fecha veinte de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, que ha sido objeto del recurso.

Sin costas.

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

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA PARTICION

1.—Los tutores y curadores y, en general, los que administran bienes ajenos no pueden, por disposición de la ley, sin licencia judicial, proceder a la partición de herencias o bienes raíces en que tengan parte sus pupilos. Pero si un heredero o interesado mayor de edad demanda la división, ya no se requiere tal licencia, pues ninguno de los consignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en indivisión y la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los consignatarios no hayan estipulado lo contrario (Artículos 1374, 1379 del C. C. y 953 del C. J.).

2.—El haber dado en pago bienes raíces en que pudieran tener parte los menores de edad, hecho por el partidor para cubrir las deudas de la herencia, sin licencia judicial, entrañaría una nulidad relativa alegable sólo por los menores.

3.—Bajo la vigencia del antiguo Código Judicial era posible demandar por la vía ordinaria la nulidad de las sentencias dictadas contra las personas que no hubieran sido parte en el pleito o no hubieran sido legalmente representadas, o cuando no se había definido claramente en el fallo los derechos y obligaciones que de él resultaran a las partes. Actualmente sólo se ha erigido en causales de nulidad procedimental, para ser ejercitadas por la vía ordinaria, al tenor del artículo 457 del C. J., las que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa. De manera que en el actual procedimiento civil no existen disposiciones que permitan alegar por vía ordinaria nulidades contra sentencias ejecutoriadas o autos interlocutorios, por vicios que puedan afectarlas en esencia, tomándolos como piezas aisladas o independientes del juicio a que dieron lugar, como ocurría antes, bajo el imperio del antiguo Código. Ese medio para subsanar irregularidades procedimentales fue suprimido por inútil e innecesario.

4.—Durante el juicio de sucesión se pueden proponer objeciones a los inventarios y a la partición. La sentencia del Tribunal que decida sobre las objeciones propuestas a la partición aprobándola, puede ser materia de recurso de casación. En él cabe el estudio de las causales alegadas y de las nulidades que hayan afectado el procedimiento dentro del motivo sexto del artículo 520 del C. J., pero transcurrida tal oportunidad sin hacer uso de ella, ya no es dable la revisión de los inventarios y partición en juicio distinto, por la vía ordinaria, ni el estudio de nulidades en el procedimiento que no sean las expresamente indicadas por el artículo 457 del C. J., concernientes a la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o que no estuvo debidamente representada en el juicio, por la persona cuyo derecho se sacrifica. Las particiones de bienes, junto con sus sentencias aprobatorias, son recurribles ante la Corte cuando habiendo sido objetadas en tiempo, el Tribunal en segunda instancia no acepta las objeciones. Pero ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición en la respectiva causa mortuoria sin que se hubiera hecho uso del recurso de casación, ya sólo cabe la demanda de nulidad por la vía ordinaria cuando el consentimiento de alguno o algunos de los partícipes haya quedado lesionado por alguno de los defectos legales que vician el consentimiento de los contratantes o cuando haya existido en la adjudicación lesión en más de la mitad de la cuota hereditaria, o cuando en el proceso se haya incurrido en alguna o algunas de las causales de nulidad señaladas por el artículo 457 del C. J.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

HECHOS

1º — En los inventarios y avalúos practicados en la causa mortuoria de la señora Guadalupe Restrepo viuda de Cortés, se incluyeron por denuncio del heredero-albacea José Cortés R., tres créditos por las siguientes sumas: uno, por $ 2.968.25, a favor del mismo Cortés, cantidad que, según éste, le adeudaba la causante; otro por $ 300.00, valor de los honorarios del abogado que gestionaba el juicio; y, por último, una tercera acreencia por la misma suma de $ 300.00, en que se estimaron los gastos posibles del juicio mortuorio hasta su terminación. El día en que se verificaron los inventarios y avalúos, aún no se habían hecho parte en el juicio, a pesar de la citación por carteles, los demás interesados en la mortuoria, entre los cuales figuraron más adelante, el actor en la demanda que ha dado lugar al presente recurso, y unos menores impúberes que se apersonaron en su carácter de hijos legítimos de uno de los herederos.

2º — La diligencia de inventarios y avalúos fue puesta en conocimiento de las partes, que como ya se dijo, hasta ese momento, sólo lo eran el representante del Lazareto y el señor José Cortés R. Dos de los hijos legítimos de la causante hicieron reparos a los inventarios, pero como no se habían hecho reconocer como herederos, su actuación fue ineficaz.

3º — El heredero acreedor José Cortés R., traspasó su derecho herencial y sus créditos aceptados en los inventarios, a sus hermanas Carmen Rosa y María Josefa Cortés, una vez que éstas fueron reconocidas como herederas.

4º —En la oportunidad debida se practicó la liquidación de la herencia y la participación de los bienes. En esta última, se adjudicó a Carmen Rosa y María Josefa Cortés, en bienes raíces, la cantidad necesaria para cubrirles su legítima, la cuota con que las había mejorado la causante y las deudas a cargo de la mortuoria y a favor del heredero José Cortés, que éste les había cedido como atrás se expresó.

5º — La partición fue objetada, pero se rechazaron las objeciones tanto por el Juzgado de primera instancia, como por el Tribunal Superior, al cual subieron los autos en apelación y se dejó transcurrir sin hacer uso de él, el término para interponer el recurso de casación referente a la sentencia definitiva.

6º — Pocos meses después de protocolizada la partición que puso término al juicio mortuorio de la señora Guadalupe de Cortés, uno de los copartícipes en ella, el señor Angel Cortés, entabló ante el Juzgado de Circuito de Pereira, demanda ordinaria con fecha 18 de septiembre de 1941, que ha dado origen al presente recurso, y cuyas súplicas se refieren principalmente a pedir la "nulidad de los referidos inventarios, partición de bienes, y registros de ésta" con las consecuencias jurídicas que tales súplicas comportan, y en subsidio se mandó "la rescisión de la partición por causa de lesión enorme".

8º — Funda su demanda Cortés en que son nulos los inventarios que sirvieron de base para la partición, por haberse incluído en ellos, créditos contra la mortuoria procedentes de deudas a cargo de la sucesión y de gastos hechos en ella, sin que tales acreencias aparecieran de documento que prestara mérito ejecutivo y sin que los herederos hubieran aceptado unánimemente dichos créditos. Igualmente fundó su pedimento de nulidad, por haberse procedido a la partición de bienes, existiendo entre los copartícipes, menores de edad, sin que se hubiera cumplido el requisito de la licencia judicial previa. Que existiendo tales menores como interesados en la mortuoria, se dio en pago de los créditos contra la herencia, bienes raíces, sin haber obtenido también la respectiva licencia y haber procedido a la subasta pública de los inmuebles destinados para cubrir a los acreedores.

La sentencia acusada

El Juzgado del conocimiento, que fue el del Circuito de Pereira, desató el litigio en el sentido de rechazar las peticiones principales y acoger la subsidiaria sobre reposición de la partición, por haberse ocasionado lesión enorme en la adjudicación hecha al heredero demandante y a otros copartícipes. Recurrida la sentencia de primer grado por la parte no favorecida, el Tribunal la revocó, absolviendo a los demandados de los cargos propuestos.

El Recurso

Contra la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Pereira, interpuso recurso de casación, por medio de apoderado, el demandante Angel Cortés.

En un largo escrito se presentan los reparos contra la sentencia, los cuales se concretan a los siguientes:

a) Se acusa la decisión del Tribunal por error de hecho y de derecho, por haber resuelto esta entidad que la diligencia de inventarios y avalúos tachados, no era nula, no obstante haberse incluído en ella, varios créditos contra la mortuoria que no constaban de documento que prestara mérito ejecutivo. Sostiene el recurrente que esta tesis del Tribunal lo condujo a violar los artículos 931 y 941 del C. J., y el artículo 1740 del C. C.

b) Violación del artículo 1379 del C. C. por infracción directa, interpretación errónea, aplicación indebida o falta de aplicación de tal norma sustantiva, por que figurando menores impúberes entre los herederos o copartícipes, se procedió a verificar la partición de bienes, sin antes haberse obtenido licencia judicial para proceder a ella. Lo cual afecta de nulidad absoluta la partición al tenor de los artículos 485, 1740 y 1741 del C. C.

c) Que al verificar la partición, el partidor realizó sin facultad legal para ello, un acto dispositivo, una dación en pago, al destinar parte de los bienes raíces que componían el haber hereditario, para cubrir las deudas a favor de las herederas Carmen Rosa y María Josefa Cortés. Que la disposición o venta de fincas raíces de menores, debe hacerse previa licencia judicial y con la formalidad de la licitación pública. Señala como violados, por este aspecto, los artículos 483 y 484 del C. C.

d) En cuanto a la acción subsidiaria de rescisión de la partición por lesión enorme, acusa como infringidos los artículos 1405, 1496 y 1497 del C. C., por no haberse aplicado al caso propuesto. Sostiene el recurrente que por haberse aceptado en contra de la mortuoria los créditos ya señalados, que no prestaban mérito ejecutivo, y por haberse destinado bienes raíces de la sucesión para cubrirlos, el caudal hereditario se disminuyó en más de un cincuenta por ciento, afectándose en esta proporción las legítimas rigorosas.

La Corte considera:

Por dos aspectos demandó Angel Cortés, en el juicio ordinario, cuya sentencia ha dado lugar al presente recurso, la nulidad de la partición efectuada en el juicio de sucesión de su madre legítima Guadalupe de Cortés; por irregularidades en el procedimiento, que a su entender entrañan la nulidad del proceso y en especial la partición realizada; y por lesión enorme en la adjudicación que se le hizo, que justifica la rescisión de la partición aprobada.

Las nulidades procesales alegadas, las deduce el recurrente de los siguientes hechos: la inclusión en los inventarios como deudas que afectan el caudal hereditario, de varios créditos sin mérito legal para ello; el haberse decretado por el Juez que conoció del juicio de sucesión, la partición de bienes, existiendo en el juicio como partes, varios menores de edad; y por haberse adjudicado en la partición de la herencia, varios bienes raíces en pago de deudas a herederos acreedores, sin que previamente se hubiera obtenido licencia judicial, dada la circunstancia apuntada de los menores de edad como partes en la mortuoria.

Los tutores y curadores, y en general los que administran bienes ajenos, por disposición de la ley, no pueden, sin licencia judicial, proceder a la partición de herencias o bienes raíces en que tengan interés sus pupilos. Pero si un heredero o interesado mayor de edad, demanda la división, ya no se requiere tal licencia, pues ninguno de los consignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en indivisión y la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los consignatarios no hayan estipulado lo contrario (artículos 1374 y 1379 del C. C. y 953 del C. J.).

El haber dado en pago bienes raíces en que pudieran tener parte los menores de edad, hecho por el partidor para cubrir las deudas de la herencia, sin licencia judicial, entrañaría una nulidad relativa alegable sólo por los menores y en el caso de autos el señor Angel Cortés obra en su propio nombre y no en representación de ellos.

Pero por sobre toda otra consideración, las primeras causales de nulidad de las alegadas, se refieren a cuestiones procedimentales, que han debido reclamarse durante el juicio y que no cabe su revisión por la vía ordinaria.

La tacha de la partición por haberse procedido con lesión enorme de los derechos del actor, es de carácter sustantivo pues entraña una nulidad relativa reglamentada en el título XX del C. C. y los demás reparos son nulidades propuestas contra la referida partición por irregularidades en la actuación, son de carácter adjetivo o procesales de que trata el capítulo séptimo, Título XII del C. J. Las primeras miran a los actos y declaraciones de la voluntad, en cuanto éstos carezcan de alguno o algunos requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según la especie de éstos o la calidad o estado de las partes, y las segundas, atañen a irregularidades procesales.

Bajo la vigencia del antiguo Código Judicial, era posible demandar por la vía ordinaria la nulidad de las sentencias dictadas contra las personas que no hubieran sido parte en el pleito o no hubieran sido legalmente representadas, o cuando no se había definido claramente en el fallo los derechos y obligaciones que de él resultaran a las partes. Actualmente, en nuestro código de procedimiento, expedido por medio de la ley 105 de 1931, sólo se ha erigido en causales de nulidad procedimental para ser ejercitadas por la vía ordinaria, al tenor del artículo 457 del C. J., las que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa.

De manera que en el actual procedimiento civil, no existen disposiciones que permitan alegar por vía ordinaria nulidades contra sentencias ejecutoriadas o autos interlocutorios, por vicios que pueden afectarlas en esencia, tomándolos como piezas aisladas o independientes del juicio a que dieron lugar, como ocurría antes, bajo el imperio del antiguo Código. Ese medio para subsanar irregularidades procedimentales, fue suprimido por inútil e innecesario. (Véase el informe de la comisión revisora del proyecto que es hoy el C. J.).

Durante el juicio de sucesión se pueden proponer objeciones a los inventarios y a la partición. La sentencia del Tribunal que decida sobre las objeciones propuestas a la partición aprobándola, puede ser materia de recurso de casación. En él cabe el estudio de las causales alegadas y de las nulidades que hayan afectado el procedimiento dentro del motivo sexto del artículo 520 del C. J., pero, transcurrida tal oportunidad sin hacer uso de ella, ya no es dable la revisión de los inventarios y partición en juicio distinto, por la vía ordinaria, ni el estudio de nulidades en el procedimiento que no sean las expresamente indicadas, por el artículo 457 del C. J., concernientes a la parte que no fue legalmente notificada, o emplazada, o que no estuvo debidamente representada en el juicio, por la persona cuyo derecho se sacrifica.

Las particiones de bienes junto con sus sentencias aprobatorias son recurribles ante la Corte, cuando habiendo sido objetada en tiempo, el Tribunal en segunda instancia, no acepta las objeciones. Pero ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición en la respectiva causa mortuoria, sin que se hubiera hecho uso del recurso de casación, ya sólo cabe la demanda de nulidad por la vía ordinaria, cuando el consentimiento de **alguno** o **algunos** de los partícipes haya quedado lesionado por **alguno** de los defectos legales que vician el consentimiento de los contratantes o cuando haya existido en la adjudicación lesión en más de la mitad de la cuota hereditaria, o cuando en el proceso se haya incurrido en **alguna** o **algunas** de las causales de nulidad señaladas en el artículo 457 del C. J.

Por consiguiente, no cabe el estudio en casación de los motivos de orden procedimental alegados para pedir la nulidad de los inventarios y de la partición practicados en el juicio mortuorio de la señora de Cortés. A la Corte sólo le es dable en el presente caso, estudiar el motivo de casación propuesto, en cuanto se sostiene que en la distribución de la herencia, y con respecto a la adjudicación hecha al heredero demandante Angel Cortés, se procedió con lesión en más de un ciento por ciento de su cuota herencial.

Las particiones, dice el artículo 1405 del C. C., se anulan o se rescinden según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión enorme se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota.

En el problema en estudio, no se demostró en el juicio que hubiera existido tal lesión. En efecto, el partidor dedujo de la masa partible el monto reconocido de las deudas que fueron admitidas por sentencia ejecutoriada. Del saldo, restó la cuarta de mejoras y de libre disposición que fue dejada por la testadora a otros herederos, y el resíduo de estas deducciones o sea la masa que correspondía para las legítimas rigorosas, se dividió entre los varios herederos, entre los cuales se cuenta el recurrente, habiéndosele, pues, adjudicado lo que correspondía según la liquidación de la herencia, o sea lo necesario para pagarle su legítima. Habría lesión enorme, por ejemplo, si fijado el valor de la cuota de un heredero, la partición se la cubre con bienes que valgan menos de la mitad de dicha cuota.

SENTENCIA

Por todo lo anterior, 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 recurrida y se condena en costas a la parte recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE RENDICION DE CUENTAS

1.—La causal de casación establecida en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial es la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación.

2.—Se incurre en error de derecho en la apreciación de determinada prueba cuando se le da a ésta un valor que no tiene conforme a la ley, o un valor distinto del que la misma ley le asigna.

3.—Ha dicho la Corte en distintas ocasiones que el juicio especial de cuentas versa sobre la obligación de rendirlas; que el ordinario que sigue al especial, cuando son objetadas, tiene por objeto la comprobación de éstas; pero que el objetivo final de todo el procedimiento es el de saber quién debe a quién y cuánto, cuál de las partes es acreedora y cuál deudora, debiendo determinar precisamente la sentencia si las partes están entre sí a paz y salvo cuando tal cosa resultare de los autos, o declarar un saldo a cargo de una de ellas y a favor de la otra. Ese y no otro es el fin y naturaleza propios del juicio de cuentas, como lo ha sostenido la Corte en muchas ocasiones.

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

(Magistrado ponente:

Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo de demanda que fue repartido al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, Jorge H. Navarro, por medio de apoderado, demandó en juicio especial de cuentas al señor Roberto Suárez Costa para que rindiera, dentro del término que al efecto se le señalara, las cuentas consiguientes a la administración y desarrollo del mandato que le fue conferido por medio de la escritura pública número 422 de 16 de marzo de 1936, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de esta ciudad. Surtido ese juicio por los trámites correspondientes el señor Juez del conocimiento lo decidió en providencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta, en la cual condenó al demandado Suárez Costa a rendirle a Navarro, dentro del término de veinte días, las cuentas solicitadas.

En firme ese fallo, el demandado presentó por medio de apoderado y en escrito de diez y siete de abril del referido año las cuentas que consideró del caso, lo cual hizo en la forma siguiente:

"a.—Por escritura pública Nº 1847 de 13 de noviembre de 1935, de la Notaría 3ª de Bogotá, Raúl Jimeno y Pedro E. Uribe V. vendieron a mi mandante y al demandante parte de la finca denominada San Felipe, ubicada en el Municipio de Armero y en el de Falan, Departamento del Tolima, por veintitrés mil pesos ($ 23.000) mda. cte.

"b.—Al otorgarse esta escritura de compraventa Suárez Costa pagó con sus fondos propios, el primer contado de su valor, o sea.. $ 5.000

"c.—El segundo contado del contrato, que vencía el 1º de febrero de 1936, por suma de cinco mil pesos 5.000
se cubrió a los acreedores-vendedores, parte con el producto de la venta de varios lotes de terreno en la propia finca de "San Felipe", y parte con quinientos pesos que aportó el Sr. Jorge H. Navarro, según recibo que le otorgó a cuenta de Suárez Costa el Dr. Ernesto Herrera Chacón, y parte con dinero conseguido por Suárez Costa, personalmente, así:.... ....

"Por ventas de lotes de "San Felipe" ....$ 3.900
"Aporte de Navarro 500
"Y el resto conseguido por Suárez 600
"Se quedaba debiendo por la com-

praventa de "San Felipe", la suma de trece mil pesos .... $ 13.000

"Sumas iguales ....$ 23.000 $ 23.000

"Hasta aquí, con fecha 13 de julio de 1936, el ejercicio del poder otorgado por Navarro a Suárez Costa para la parcelación de "San Felipe". Esto se comprueba con el Balance de Cuentas, que se adjunta de 13 del corriente mes, suscrito por Nery Fairfoot y Luis F. Ruiz, con los telegramas dirigidos por Suárez Costa y Herrera Chacón a Jorge Navarro a Venadillo, de fecha 7 de febrero de 1936 y la contestación de éste a los mismos, de fecha 8 de febrero del mismo año, que se adjuntan. Con la escrituras públicas Nos. 194, 195 y 196 de 20 de marzo de 1936, otorgadas en la Notaría del Circuito de Honda; 197, 198, 199, 200, 201, 203 de 21 de marzo de 1936 y la misma Notaría, 280 de 3 de mayo de los mismos años y Notaría, y 416 de 13 de julio de igual año y Notaría, que debidamente registradas se acompañan.

"d.—En virtud de los telegramas cruzados entre Suárez Costa y Navarro, en el que este último dice: "Venadillo 8 de febrero, 1936.—Herre-Suárez.—Bogotá. Procedan conformidad circunstancias, autorízolos ampliamente. Salúdolos.—Navarroc." Se otorgó la escritura 416 últimamente citada, por la cual el señor Nery Fairfoot adquirió de Roberto Suárez Costa, personalmente, y como apoderado de Jorge H. Navarro, los terrenos de la finca "San Felipe", por valor de $ 23.000.

"En esta escritura consta que de los $ 23.000 estaban pagados diez mil ($ 10.000) (véanse puntos b-c), y los restantes $ 13.000, que se debían a los vendedores Jimeno y Uribe Venegas, se comprometió a cubrirlos el adquirente Nery Fairfoot, compromiso que éste último cumplió, como aparece de la escritura Nº 416 de 13 de julio de 1936, de la Notaría de Honda, por la cual Roberto Piedrahita apoderado de los acreedores, primeros tradentes, declaró cancelada la deuda de "San Felipe" y su consiguiente hipoteca.

"e.—La venta de la finca se hizo a Fairfoot en virtud del telegrama de autorización de Navarro a Suárez Costa, que tuvo como antecedente lo siguiente: El señor Navarro se comprometió a suministrar cinco mil pesos para atender con ellos al segundo contado de la compraventa; de esta suma no dio sino quinientos ($ 500) (punto c),, infringiendo su compromiso por este concepto; además se obligó a ponerse al frente de los negocios de parcelación de "San Felipe", para lo cual debió retirarse de su empleo que desempeñaba en el Banco Agrícola Hipotecario, lo cual no hizo y dejó abandonada la parcelación. Suárez Costa insistió ante Navarro para que atendiese la parcelación, pero éste no le hizo caso.

"Ante el incumplimiento del Sr. Navarro a todas y cada una de sus obligaciones, básicas para el negocio de "San Felipe", y acosado mi mandante Suárez por los acreedores que no daban prórroga para el pago de las cuotas vencidas, se realizó la compraventa con Nery Fairfoot, por precio igual al de la primitiva negociación. Con este negocio no se obtuvo utilidad alguna, pero se logró salvar el capital de cinco mil pesos aportado por Suárez y los quinientos dados por Navarro, que tiene en su poder mi mandante ante la negativa de Navarro a recibirlos voluntariamente.

"Dejo rendidas las cuentas, y solicito del Sr. Juez una decisión favorable para mi representado. Los gastos que ocasionó el negocio de compraventa y la parcelación de "San Felipe" fueron hechos con dineros propios de Suárez Costa, no quedan incluídos en estas cuentas y mi mandante se reserva sus derechos legales".

De las anteriores cuentas se dio traslado al demandante, quien las rechazó mediante tres objeciones formuladas así:

Primera: Los cinco mil pesos del primer contado no fueron cubiertos con dinero exclusivo de Navarro, sino que esa suma "fue aportada por partes iguales entre los dos compradores, para cuyo fin mi representado entregó al señor Suárez Costa la suma de $ 2.500.00 m|c., que le correspondían' y como fundamento de esa objeción el personero de Navarro acompañó la copia de la escritura 1847 de 13 de noviembre de 1935, o sea la de compra de "San Felipe" para deducir de ella que allí consta que "los compradores entregaron en efectivo la suma mencionada a los vendedores".

Segunda: Esta objeción como la anterior se contrae a negar que el segundo abono del precio de "San Felipe", por valor de $ 5.000.00, se hubiera hecho en la forma que relatan las cuentas, pues asevera que "mi poderdante aportó y entregó al demandado la parte que le correspondía, es decir, la suma de $ 2.500.00 m|c., y como aparece en la respectiva escritura de cancelación de los gravámenes que afectaban a la finca, y en la cual se expresa que tal contado fue recibido de ambos compradores. Con respecto a la suma de quinientos pesos ($ 500.00) a que se refiere el demandado dice que no fue entregada con destino a tal

pago, "sino para gastos de parcelación", y sobre las ventas de parcelas hasta por la suma de $ 3.900 a que se refieren las escrituras acompañadas por el demandado dice que "las acepto como tales", pero no que ese valor se pretenda atribuírlo al pago de la segunda cuota del precio de "San Felipe", ya que él debe repartirse por partes iguales entre demandante y demandado.

Tercera: Se contrae a criticar la venta hecha por Suárez Costa a Nery Fairfoot contenida en la escritura de 3 de mayo de 1936, por considerarla "una extralimitación de poder por parte del apoderado, extralimitación que mi poderdante no ratifica en ninguna forma", y para demostrarlo así hace algunas alegaciones con base en los documentos que obran en el proceso y a que allí se refiere.

De tales objeciones se corrió traslado al demandado Suárez Costa, quien en escrito de diez y siete de mayo del mismo año las contestó negándolas e insistiendo en los puntos de vista que había expuesto en el escrito de rendición de cuentas. Para robustecer sus asertos acompañó los documentos que obran a los folios 48 a 50 del cuaderno número 2.

Por tales motivos y en atención a lo estatuído en el artículo 1132 del Código Judicial, el Juzgado dispuso que se siguiera el juicio ordinario correspondiente, al cual, después de agotada la tramitación de rigor, le puso fin con la sentencia de fecha treinta de junio de mil novecientos cuarenta y dos, cuya parte resolutiva dice así:

"1º Decláranse probadas las objeciones "primera" y "segunda", que se formulan a las cuentas presentadas por Roberto Suárez Costa en el presente juicio.

"En consecuencia, declárase asimismo que Roberto Suárez Costa está en la obligación de responder a Jorge H. Navarro por la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) a que tales objeciones se refieren.

"2º Declárase que Roberto Suárez Costa está en la obligación de responder a Jorge H. Navarro, por las cantidades de mil novecientos cincuenta pesos ($ 1.950.00) y quinientos pesos ($ 500.00) a que se refiere igualmente la "segunda objeción" de que se trata en el anterior numeral.

"3º Declárase no probada la "tercera objeción" formulada a las cuentas presentadas por el señor Roberto Suárez Costa.

"4º Declárase no probada la tacha propuesta contra el testigo doctor Ernesto Herrera Chacón.

"5º No se hace condenación en costas".

Por virtud de recurso de apelación concedido a ambas partes subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y una vez agotada la tramitación propia de la segunda instancia, éste lo decidió así:

"1º CONFIRMANSE los numerales 2º y 5º de la parte resolutiva de la sentencia recurrida de fecha junio treinta de mil novecientos cuarenta y dos, pronunciada por el Juzgado 4º Civil de este Circuito.

"2º REVOCANSE los numerales 1º, 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia expresada en el numeral que antecede y en su lugar DISPONESE:

"a) DECLARASE acreditada la objeción "primera" hecha por Jorge H. Navarro a las cuentas rendidas por Roberto Suárez Costa en el presente juicio, y como una consecuencia de ello, DECLARASE que Roberto Suárez Costa debe y está en la obligación de pagar a Jorge H. Navarro la cantidad de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) a que aquélla objeción se contrae y por cuyo monto se le condena; y en cuanto a la objeción "segunda" DECLARASE NO PROBADA, y consecuencialmente, absuélvese a Roberto Suárez Costa del monto de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) a que ella se refiere.

"b) DECLARASE improcedente la "tercera" objeción y por ello se niega.

"c) No procede hacer declaración alguna de tacha respecto a Ernesto Herrera Chacón por cuanto no rindió testimonio alguno en la litis.

"d) NO se admite la partida de mil trescientos noventa y cinco pesos, diez y seis centavos ($ 1.395,16) que como gastos de parcelación presentó en las cuentas Roberto Suárez Costa por lo dicho en la parte motiva que antecede.

"e) En relación con la misma objeción "segunda" DECLARASE acreditado que Roberto Suárez Costa debe a Jorge H. Navarro las cantidades de mil novecientos cincuenta pesos ($ 1.950) y quinientos pesos ($ 500) a cuyo pago se le condena, la primera por concepto de la cuota que le corresponde a Navarro en su calidad de copropietario del inmueble de San Felipe y de socio en la proporción de la mitad en el negocio de parcelación del mismo inmueble, en las utilidades brutas que la parcelación produjo en todas las ventas de dicho inmueble; y la segunda por concepto de la cuota o aporte que Jorge H. Navarro entregó a Roberto Suárez Costa para gastos de parcelación.

"En los anteriores términos dejase REFORMADA la mencionada sentencia recurrida.

'.3º NO es el caso de hacer condenación en costas del recurso".

En esa sentencia, después de declarar improcedente la objeción tercera "por no ser congruente con las cuentas pedidas y rendidas" entró el Tribunal a relacionar y estudiar las pruebas aportadas al debate y a calificar su mérito probatorio, concluyendo por desechar las traídas por el demandado para probar en contra de lo confesado por él en la Escritura Pública número 1847 de 13 de noviembre de 1935, por las varias razones que al respecto expuso, y por dar por probada con la confesión contenida en la cláusula 2ª, de dicho instrumento la objeción primera formulada por el demandante a las cuentas rendidas por Suárez Costa.

Al pasar a considerar la objeción segunda encontró que el actor no la justificó con las pruebas con que pretendió hacerlo, correspondiéndole a él la carga de la prueba, y como tampoco halló estipulación escritutaria expresa al respecto en los instrumentos traídos al debate, para corroborar las aseveraciones del rendidor de las cuentas sobre esa segunda objeción, le dio cabida a la prueba resultante de los reconocimientos hechos por Raúl Jimeno, Pedro Uribe Vanegas y Roberto Piedrahita de sendas cartas pasadas por éstos a Suárez Costa. De todo lo cual sacó en conclusión que debía revocarse la declaración de la sentencia relativa a esa segunda objeción.

Para el sentenciador resultó también comprobado que el negocio de compra y parcelación del inmueble "San Felipe", dio utilidades, las que debían repartirse por igual entre las partes, atendiendo a que el negocio fue hecho en compañía y por mitad, según resulta de la escritura pública número 1847.

Estudió, por último, el Tribunal, lo relativo a la cuenta de gastos presentada por Suárez Costa junto con el escrito en que dio contestación a la demanda de objeciones, concluyendo que no debía aceptarse por referirse a hechos de los cuales no hay dato alguno en el expediente y porque además "el mandantario Suárez Costa no contrademandó a su demandante Navarro para que le reembolsara" los gastos de que trata dicha cuenta.

Contra la sentencia anterior interpusieron recurso de casación ambas partes, y como ha llegado la oportunidad de decidirlo, a ello se procede seguidamente.

Recurso de casación interpuesto por Jorge H. Navarro, por medio de apoderado.

Con fundamento en la causal primera de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial el recurrente acusa la sentencia, en cuanto le es desfavorable, como violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas producidas por las partes, y por esos aspectos formula tres cargos en su alegato de casación.

Primer cargo

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por error de hecho en la apreciación de las escrituras número 1847, de 13 de noviembre de 1935, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de esta ciudad, por medio de la cual Raúl Jimeno y Pedro Uribe V. vendieron a Navarro y Suárez Costa parte del predio "San Felipe" y número 416, de 13 de julio de 1936, otorgada en la Notaría de Honda, por la cual Jimeno y Uribe, por medio de su apoderado Roberto Piedrahita, cancelaron el gravamen hipotecario que pesaba sobre aquél inmueble. Hace consistir tal error en que el Tribunal en su sentencia confundió el pago de contado hecho por los compradores en la fecha de la primera escritura citada, con el primer contado del crédito hipotecario de que habla el mismo instrumento, agregando más adelante que "al decir el Tribunal que Piedrahita nada dijo sobre quién o qué persona hubiera hecho el segundo abono, incurrió en un error de hecho pues el segundo abono del crédito hipotecario era el de trece mil pesos y el primero era el de cinco mil pesos que sí dice que fueron recibidos por los compradores Navarro y Suárez Costa".

Se ocupa luego el recurrente en exponer las razones por las cuales, en su concepto, se demuestra el error de hecho que imputa al Tribunal, pero sin llegar a citar las disposiciones legales sustantivas que como consecuencia de ese error de hecho hubieren resultado violadas.

Se considera:

La causal de casación establecida en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial es la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación

consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación.

"Una demanda de casación —ha dicho la Corte— limitada a acusar por dicho error aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que aún demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas se ha abierto.

"El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones: a) el error y su demostración; b) la consiguiente violación de la lep sustantiva detallada como manda el artículo 531 del Código Judicial; c) incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia". (GACETA JUDICIAL, Tomo XLVI, pág. 250, y Sentencia de Casación de 11 de julio de 1945).

Y como ya se ha dicho, el recurrente concretó su reparo contra la sentencia a alegar y tratar de demostrar el error de hecho en referencia, sin citar las disposiciones legales sustantivas que hubieren sido infringidas por causa o con ocasión de ese error, resulta evidente que el cargo así propuesto, ha sido mal formulado y que por ello debe desecharse.

Segundo cargo

Afirma el recurente que como consecuencia del error de hecho de que habló en el cargo primero el Tribunal incurrió en el error de derecho de darle un valor de prueba testimonial a los certificados y cartas que obran a los folios 49 y 50 del cuaderno Nº 2, folios 3, 4 y 5 del cuaderno Nº 4, que se dispuso por el juzgado tener por reconocidos por sus signatarios lo que fueron reconocidos por éstos en el curso del juicio; que los tales son documentos que "sólo pueden tener un efecto entre el remitente y el destinatario al tenor del artículo 637 del Código Judicial, pero no pueden constituir una prueba testimonial al tenor de lo que dispone en todo su conjunto el Capítulo VII, del Título XVII, del Libro Segundo del C. J., que considero violado, especialmente en lo que dispone en sus artículos 670, 673, 674, 683, 684, 686, 688, 690, 693, 701, 703, 704, etc.", y añade el mismo recurrente, después de criticar el método que dice se está acostumbrando de hacer reconocer documentos o cartas a terceros en un juicio en vez de pedirles la correspondiente declaración, lo siguiente:

"Hay error de hecho y de derecho al pretender el Tribunal dar un valor a unas cartas que no existían al momento de sucederse los hechos que en ellas se relatan, y pretender que el contenido de esas cartas puede anular las declaraciones hechas en una escritura pública..."

Agrega que al decir el Tribunal al folio 22 vuelto del cuaderno número 7 que "...esto se acentúa tanto más cuanto Jimeno, Uribe Vanegas y Piedrahita **declararon** en el reconocimiento de las cartas" ..."incurre en otro patente error de derecho y de hecho pues los señores mencionados solamente reconocieron el contenido y firma de su carta, pero no agregaron declaración ninguna".

La Corte considera:

Se incurre en error de derecho en la apreciación de determinada prueba cuando se le dá a ésta un valor que no tiene conforme a la ley, o un valor distinto del que la misma ley le asigna; pero aún dando por demostrada la existencia del que el recurrente alega, el cargo planteado en la forma que antes se ha visto está también mal formulado, porque el recurrente no citó las disposiciones legales sustantivas que hubieren resultado infringidas por consecuencia de ese error de derecho, pues los artículos del Código Judicial que señala como violados apenas demostrarían la existencia del error invocado y aun cuando en su mayoría son disposiciones de carácter adjetivo o procedimental, es lo cierto que en pasaje alguno de la sentencia el Tribunal ha emitido concepto que resulte contrario o incompatible con reglas o principios consagrados en esos textos legales.

Por todas esas circunstancias son también pertinentes para rechazar el cargo en estudio, las razones que ya se expusieron al considerarse el primero, las cuales aquí se dan por reproducidas.

Además este cargo segundo de haberse encontrado debidamente planteado y justificado, sería inoperante pues no tendría incidencia alguna sobre la parte resolutiva de la sentencia en cuanto fue desfavorable al recurrente. En efecto, el sentenciador estimó que la escritura de cancelación del gravamen hipotecario, señalada por el demandante como el elemento de convicción para acreditar su segunda objeción, no arroja prueba sobre cuál de los compradores hizo el pago del segundo contado del precio de la finca "San Felipe" y que

habiendo afirmado Navarro en posiciones que él había aportado $ 2.500.00 que le entregó a Suárez Costa por razón del contado segundo referido, a él, Navarro, le correspondía dar la prueba neta y precisa sobre ese hecho, cosa que en concepto del sentenciador no realizó. De allí concluyó el Tribunal que la segunda objeción formulada por el demandante a las cuentas no estaba acreditada. Y fue después de haber llegado a tal conclusión y con el objeto de corroborarla como el Tribunal invocó la prueba resultante de los reconocimientos hechos por Jimeno, Uribe Vanegas y Piedrahita, quienes en sus aludidas comunicaciones aseveran que ellos recibieron el valor del segundo contado únicamente de manos de Suárez Costa. De modo, pues, que aún desechando la prueba resultante de tales reconocimientos por razón del error en su apreciación que alega el recurrente, quedaría en pie la conclusión del Tribunal a que antes se hizo referencia imponiéndose consecuencialmente igual decisión a la parte resolutiva de la sentencia. Esto demuestra la ineficacia de las observaciones aludidas.

Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo.

Tercer cargo

Sostiene, por último, el recurrente que el sentenciador violó "por infracción directa, aplicación indebida, es decir, no aplicación e interpretación errónea" los artículos 2155, 2157 y 2181 del Código Civil, en cuanto el Tribunal estimó que la cuestión relacionada con la objeción tercera por no ser congruente con las cuentas pedidas y rendidas resultaba improcedente ventilarla dentro del presente juicio. En apoyo de su tesis dice el recurrente que ni el Título XXVIII del Código Civil "ni el correspondiente a la rendición de cuentas del C. J., establecen limitación alguna al derecho del poderdante a exigir la rendición de las cuentas y del desarrollo del mandato, y tampoco establecen que la relación acerca del desarrollo del mandato haya de exigirse o presentarse en juicio separado o separadamente de las cuentas de la administración". Finaliza remitiendo a la Corte a las opiniones que sobre ese mismo particular expuso en sus alegatos presentados en las instancias del juicio.

Se considera:

En la objeción tercera se concretó el demandante a decir que la venta celebrada por el señor Suárez Costa al señor Nery Fairfoot, de que da cuenta la escritura número 280, de 3 de mayo de 1936, de la Notaría de Honda, "fue una operación verificada con una extralimitación de poder por parte del apoderado, extralimitación que mi poderdante no ratifica en ninguna forma", exponiendo allí mismo las razones encaminadas a demostrar dicha extralimitación. Sobre este punto estimó el sentenciador que la referida objeción es "improcedente porque la acción no se ha ejercitado para que respondiera el demandado por mal desempeño de su cargo, por mala administración o extralimitación en el cumplimiento del mandato sino para que rindiera cuentas POR LA ADMINISTRACION Y DESARROLLO DEL MANDATO", agregando que esas cuestiones "son cosas perfectamente distintas que no guardan armonía, que implican el desplazamiento de la acción a otros fines que no pueden perseguirse sino por el ejercicio de una acción separada", y concluyendo que la objeción tercera es improcedente "por no ser congruente con las cuentas pedidas y rendidas".

En realidad no encuentra la Corte razón alguna para pensar que con las apreciaciones del sentenciador que se dejan transcritas se hayan quebrantado las disposiciones legales sustantivas que cita el recurrente por alguno de los conceptos a que el mismo se refiere. No lo ha sido la parte transcrita del artículo 2155 del Código Civil, porque en parte alguna del fallo recurrido el Tribunal ha sostenido que el mandatario no responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo; ni el 2157 ibidem, porque tampoco ha conceptuado el sentenciador que el mandatario no deba ceñirse rigurosamente a los términos del mandato; ni el 2181 de la misma obra, porque el fallador tampoco ha sostenido que el mandatario no es obligado a dar cuenta de su administración. Lo que ha estimado, en síntesis, el Tribunal es que dentro del juicio especial de cuentas y en el ordinario que le subsigue no tiene cabida la acción encaminada a deducirle responsabilidad civil al mandatario por la ejecución de un acto o contrato realizado con extralimitación del mandato que le fue conferido y que esta finalidad no puede perseguirse "sino por el ejercicio de una acción separada". De allí, pues, no puede sacarse en conclusión en forma alguna que hubieren sido quebrantados los textos legales que se dejan citados, y sí en verdad en tales apreciaciones del sentenciador sobre incompatibilidad de acciones se hubiere incurrido en un error jurídico, otros han debido ser los fundamentos de la acusación.

Además, no sobra repetir, como lo ha dicho la

Corte en distintas ocasiones, que el juicio especial de cuentas versa sobre la obligación de rendirlas; que el ordinario que sigue al especial, cuando son objetadas las cuentas, tiene por objeto la comprobación de éstas; pero que el objetivo final de todo el procedimiento es el de saber quién debe a quién y cuánto, cuál de las partes es acreedora y cuál deudora, debiendo determinar precisamente la sentencia si las partes están entre sí a paz y salvo cuando tal cosa resultare de los autos, o declarar un saldo a cargo de una de ellas y a favor de la otra. Esa y no otra es la finalidad y naturaleza propias del juicio de cuentas. Así lo ha sostenido la Corte en muchas decisiones, como pueden verse, entre otras, en las siguientes sentencias de casación: la de 25 de noviembre de 1895, Tomo IX, pág. 192; la de 16 de diciembre de 1893, Tomo IX, pág. 164; la de 13 de noviembre de 1911, Tomo XX, pág. 318; las de 23 de abril y 19 de septiembre de 1912, Tomo XXI, págs. 141 y 379, y la de 30 de mayo de 1927, Tomo XXXIV, pág. 102. Toda cuestión o controversia que se aparte de aquellas finalidades es por consecuencia improcedente esclarecerla dentro del juicio de cuentas. Si en el caso en autos contemplado se hubieren objetado gastos hechos por el mandatario en razón de que no estaban comprendidos dentro del giro ordinario de su gestión o mandato, entonces sí habría resultado procedente examinar si el gasto o gestión se realizó o no con extralimitación de las facultades conferidas al mandatario, pues la conclusión a que al respecto se llegara afectaría el debe o el haber de las cuentas rendidas, determinándose así un saldo en favor o en contra del mandatario. Pero la cuestión planteada por el demandante con motivo de la objeción tercera es extraña al juicio, porque mediante ella sólo se persigue la declaración abstracta de si el mandatario obró o no dentro de los límites del mandato al efectuar la venta de que habla la escritura pública número 280 de 3 de mayo de 1936, sin que esa declaración tenga incidencia alguna sobre el debe o el haber de las cuentas rendidas por Suárez Costa, lo cual deja ver a las claras la improcedencia de su esclarecimiento en el presente juicio, dentro de cuya propia y peculiar naturaleza no puede tener cabida aquella controversia.

Se rechaza, por tanto, el cargo referido.

Recurso de casación interpuesto por Roberto Suárez Costa, por medio de apoderado.

Acusa el recurrente el aparte a) del punto segundo del fallo del Tribunal, "por apreciación errónea de la prueba, y error de derecho y de hecho surgido de esa misma apreciación y violación directa de los artículos 1757, 1759, 1767 del Código Civil, 91 de la Ley 53 de 1887, y 704, 637 y 642 del C. J.", con fundamento en la causal primera de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial. En desarrollo de su cargo afirma el recurrente que la escritura pública número 1.847 de 13 de noviembre de 1935, de la Notaría Cuarta de Bogotá, dice lo que asevera la objeción primera y acepta el Tribunal de que la suma de $ 5.000.00 correspondiente al primer contado del precio de compra de "San Felipe" fue entregada en efectivo por los compradores a los vendedores, pero que habiendo expresado Navarro tanto en esa misma objeción primera como en la diligencia de absolución de posiciones que la cuota de Navarro fue suministrada no a los compradores sino a Suárez Costa en dinero efectivo en su habitación, "ya la escritura en esa parte ha sido desechada por los contratantes", de donde colige que Navarro tomó a su cargo suministrar la prueba de esa entrega y que es visible que aceptando la afirmación de la escritura se incide en error, ya que el demandante con insistencia reiterada la rechaza y los vendedores, testigos excepcionales, han declarado que no recibieron en dinero 'efectivo' sino en cheques endosados a ellos por Suárez Costa" y agrega textualmente "por ello y por la carta en que afirma (Navarro) que sólo aportó $ 500.00 y las exposiciones de los vendedores, citadas, y del Supervisor del Royal Bank, la misma escritura en la parte dicha, ha sido aclarada y ampliada por los contratantes y por terceros, y hay error en tomarla como prueba de confesión simple. Y ese error conduce a desestimar las mismas pruebas, con lo que se violan los mandatos citados". Finalmente dice el recurrente que la violación de los artículos 1767 del C. C. y 91 y 93 de la Ley 153 de 1887 en que incurre el Tribunal, consiste en afirmar que no existe prueba inicial por escrito, ya que la carta citada constituye ese elemento, por lo cual concluye que Suárez Costa está dentro de la excepción del artículo 93 citado y que es a Navarro a quien corresponde dar la prueba de la entrega a Suárez.

Se considera:

Al estudiar el punto relacionado con la objeción primera formulada por Navarro a las cuentas rendidas por Suárez Costa, consideró el Tribunal que la escritura de compraventa número 1847 de 13 de Noviembre de 1935, contiene en su cláusula se-

gunda la prueba de confesión de ambos compradores sobre que Suárez Costa y Navarro compraron por partes iguales el predio de "San Felipe" y que el primer abono de $ 5.000.00 lo pagaron ambos por mitad y que como esa confesión no fue desvanecida por el rendidor de las cuentas, se imponía declarar que el objetante acreditó con dicha escritura y estipulación el aporte de $ 2.500, imputables al pago, por parte de Navarro, del primer abono del precio del inmueble comprado, ya que la confesión en posiciones hecha por Navarro sólo acredita que éste si no entregó su aporte directamente a los vendedores, se lo entregó a su consocio para que éste se lo traspasara a ellos y se hiciera así el pago de los $ 5.000.00. Para el recurrente estas conclusiones del Tribunal son erróneas, porque en concepto suyo, como ya se ha visto, la confesión de Navarro desecha o desvirtúa a la de los contratantes contenida en la escritura, por lo cual a Navarro le correspondía suministrar la prueba de esa entrega.

No encuentra la Corte justificado el error que invoca el recurrente, pues la escritura pública número 1847 ya citada, contiene la declaración de que los compradores entregaron en efectivo la suma de $ 5.000.00 correspondiente al primer contado del precio de compra de la finca referida, y esa declaración envuelve la confesión por parte de Suárez Costa de que Navarro entregó conjuntamente con él y con imputación a esa misma cantidad la parte que le correspondía, osean, $ 2.500.00 desde luego que la compra se entiende hecha por mitad y por partes iguales, por no resultar otra cosa del tenor del mismo instrumento. Entonces la confesión de Navarro de haber entregado a Suárez Costa esos $ 2.500.00, encuentra su confirmación en la propia confesión de éste ya referida y sólo viene a aclarar el hecho confesado; en cuanto a que el aporte de Navarro había sido entregado con anterioridad a la fecha de la escritura al propio Suárez Costa e indirectamente, por intermedio de éste, a los compradores. Igual cosa cabe decirla con respecto del tenor en que está concebida la primera objeción del demandante, pues lejos de desechar o contrariar la confesión contenida en la escritura, éste se acoge a ella, cuando la invoca como la demostración de que "los compradores entregaron en efectivo la suma mencionada a los vendedores", la cual, afirma allí mismo el propio demandante, "fue aportada por partes iguales entre los dos compradores" para cuyo fin su representado "entregó al señor Suárez Costa la suma de $ 2.500.00 moneda corriente, que le correspondía".

Tampoco la carta de 18 de mayo de 1937 (folio 48, cuaderno número 2), dirigida por Navarro a Suárez Costa, contiene la confesión que en ella pretende encontrar el recurrente sobre que Navaro sólo aportó quinientos pesos ($ 500.00) para la compra de "San Felipe", pues ella se contrae, como atinadamente lo observa el Tribunal, a hablar del negocio de parcelación de la finca "San Felipe", que es distinto al negocio de compra del citado inmueble, y del tenor claro de ese mismo documento se desprende sin lugar a dudas que la suma que en él se menciona fue entregada por Navarro a Suárez Costa, para aplicarla al primero de los referidos negocios, o sea al de parcelación.

De otro lado no es impertinente observar que en autos ha obrado con conocimiento de Suárez Costa y sin objeción ninguna por parte de éste, el documento privado de fecha 2 de mayo de 1936, suscrito en Honda, en el cual consta el contrato de parcelación de "San Felipe", celebrado entre Fairfoot, Navarro y Suárez Costa, en cuya cláusula sexta se estipuló que el parcelador se obliga "a reembolsar a los propietarios la suma de seis mil pesos ($ 6.000) que han pagado ya, de sus propios fondos, por concepto de compra de "San Felipe", y esta declaración de los dos últimos viene a corroborar suficientemente la confesión anteriormente hecha por los mismos y contenida en la escritura número 1847, de que el primer contado del precio de compra del nombrado inmueble había sido pagado en efectivo por los dos compradores, "con sus propios fondos".

Y si a todo lo anterior se agrega que el error de hecho en la apreciación de la prueba debe aparecer de modo manifiesto en los autos, circunstancia ésta que por lo dicho no se contempla en el presente caso, es fácil comprender que el cargo del recurrente por el aspecto considerado resulta infundado.

De otro lado la desestimación que el Tribunal hizo de las pruebas a que se refiere el recurrente no sólo provino de reputarlas inadmisibles en atención a la naturaleza del asunto y porque tendían a desvirtuar la prueba de confesión contenida en una escritura pública sobre un contrato u obligación de un valor mayor de $ 500, sino también porque consideró que "la confesión ficta que se hizo respecto a la carta-certificación del Royal Bank of Canadá fue improcedente, no arroja valor probatorio alguno, conforme al principio

de que toda confesión no perjudica sino al que la hace", y a que habiendo faltado, como consecuencia de aquella desestimación el suministro de la prueba primordial sobre el giro, endoso, canje y pago de los cheques relatados por esa misma carta-certificación, los testimonios de Jimeno, Uribe Vanegas y Piedrahita resultaban "ineficaces para fallar el soporte principal destinados a darles valimento". Y como el fundamento anterior expuesto por el Tribunal para desechar las pruebas aludidas no ha sido combatido por el recurrente por ningún aspecto, ello significa que aún existiendo la posibilidad legal para las partes contratantes de probar en contra de lo estipulado en la escritura pública, aquellas pruebas no pueden estimarse por la Corte, por la razón antes apuntada, para los fines que persigue el recurrente.

Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo que se considera.

Acusa el recurrente el aparte d) del numeral 2º de la sentencia "por las mismas razones del precedentemente acusado, y, además, por violación del artículo 637 del C. C.", la que hace consistir "en el hecho de que la partida de gastos de parcelación no fue contradicha por el objetante, y el Tribunal entró a decidir de ella sin tal oposición, lo que implica que cometió error al desechar la aceptación tácita del opositor".

Se considera:

La cuenta de gastos de parcelación a que se refiere el recurrente fue acompañada al escrito de 17 de mayo de 1940, por medio del cual evacuó el traslado que se le dio de las objeciones formuladas por Navarro a las cuentas rendidas por aquél y para rechazarla el Tribunal invocó, entre otras razones, la de que Suárez Costa "no contrademandó a su demandante Navarro para que le reembolsara" los gastos de que da cuenta dicha relación, y esta apreciación del Tribunal resulta ajustada a la evidencia, pues en el escrito de 17 de abril de 1940 (folios 29 y 40, cuaderno número 2) Suárez Costa por conducto de su apoderado manifestó expresamente lo siguiente: "Los gastos que ocasionó el negocio de compraventa y la parcelación de "San Felipe" fueron hechos con dineros propios de Suárez Costa, no quedan incluídos en estas cuentas y mi mandante se reserva sus derechos legales". Luego es indiscutible que tal cuestión, por voluntad expresa y clara del recurrente, quedó excluída de los términos en que se planteó la controversia.

Y como de otro lado las razones en que fundamentó el cargo primeramente analizado y que el recurrente invoca en apoyo del que ahora se considera, quedaron ya analizadas y declaradas improcedentes, es necesario concluír que este nuevo cargo debe ser rechazado, como en efecto se rechaza.

Afirma el recurrente que el aparte e) del mismo numeral 2º del fallo es violatorio de las mismas disposiciones citadas en relación con el aparte a), violación que hace consistir "en el hecho de que el Tribunal incide en error en rechazar el desarrollo de la parcelación, con el resultado de $ 3.900.00, imputados al pago del segundo contado del precio de compra, primero del crédito hipotecario, y hay error por cuanto el rechazo del opositor para que se imputen a tal contado, se opone a su falta de consignación del valor de este segundo contado del precio, el primero del crédito, y para que su oposición prosperara sería menester que hubiera rendimientos distintos a la parcelación, es decir, ganancia y ello no ha sido rebatido. Ha aceptado que tal fue el producto de venta de parcelas. Luego aceptó que no hubo ganancias. Y así no hay que distribuir. Hay error también, en aceptar que el solo aporte discutido de los $ 2.500.00 del primer contado, y de los $ 500.00, único aporte de Navarro al negocio, en frente de la aceptación del producto de ventas de parcelas haya rendido ganancia, y que esa ganancia inexistente, deba distribuírse por iguales partes, cuando los aportes no lo fueron según el fallo en tal proporción".

Se considera:

En el escrito de rendición de cuentas aseveró el recurrente que el segundo contado de $ 5.000.00 del valor del contrato de compraventa de la finca "San Felipe", se cubrió a los acreedores vendedores, parte con el producido de la venta de varios lotes de terreno de aquella finca, montante a la suma de $ 3.900.00 y el saldo con un aporte de Navarro de $ 500.00 y otro de $ 600.00 hecho por Suárez Costa, y como la sentencia recurrida declaró, y esa declaración ha quedado en firme, que el objetante no acreditó su segunda objeción opuesta a la manera como Suárez Costa dijo haberse cubierto el valor del segundo contado, hay que convenir en que ella se cumplió en la forma en que aquél expresa. Pero como las ventas hechas por Suárez Costa, incluyendo las de las parcelas y la verificada a Nery Fairfoot, según escritura número 280 de 3 de mayo de 1936, arrojan un total de $ 26.900.00 y como Navarro y Suárez Costa compraron por $ 23.000.00 queda, como así lo observa el Tribunal, una utilidad bruta de

$ 3.900.00, y como de otra parte el negocio de compra de "San Felipe" y el de parcelación fueron celebrados entre Navarro y Suárez Costa en compañía y por mitad, según consta en la escritura 1847, es claro que a aquél le corresponde su participación en la mitad de tales utilidades brutas. Y como así lo dedujo también el Tribunal se comprende que éste no ha incurrido en el error que le imputa el recurrente.

Por tanto, se rechaza el cargo.

En mérito de las razones expuestas, 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 en el presente negocio con fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas.
El Oficial Mayor en propiedad, **Emilio Prieto H.**

ACCION PETITORIA DE ADQUISICION DEL DOMINIO POR PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

Dos reglas legales consagran los artículos 2521 y 778 del Código Civil: es la primera la de que la posesión de una cosa principia para toda persona desde el instante en que ésta comienza a ejecutar o cumplir los hechos que la constituyan, y la otra consagra la facultad que a tal persona se otorga para poder agregar al tiempo de su posesión el de su antecesor cuando la cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas; pero para usar de esta facultad es de rigor que quien la ejercita suceda a su antecesor en esa posesión a título universal o singular, es decir, por herencia, venta, permuta, etc., y que además justifique la existencia de un título de las ya expresadas calidades, pues de lo contrario los períodos del tiempo de posesión del sucesor y del antecesor quedarían desvinculados entre sí, por carecer de razón o causa determinantes del derecho de añadirlos o sumarlos entre sí. Estas tesis legales las ha proclamado como jurídicas la Corte en un caso análogo al de autos.

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

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

Antecedentes:

En escrito presentado al Juez del Circuito de Tuluá, el señor Carlos Sarmiento L., hablando en su propio nombre, propuso demanda para que con aplicación de las normas consagradas en la Ley 120 de 1928 y con audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se declarase que había adquirido por prescripción extraordinaria, el inmueble rural denominado Hacienda de San Carlos, ubicada en el sitio conocido con el nombre de "El Guabito", jurisdicción municipal de Tuluá, con una cabida aproximada de mil plazas o fanegadas, cuyos linderos se determinaron en ese mismo escrito.

Como fundamentos de hecho de esa demanda expuso el actor, en síntesis, los siguientes: que su padre, señor Jesús Sarmiento poseyó, con ánimo de dueño, por un lapso de veinticinco años, la hacienda San Carlos; que a la muerte de éste, ocurrida en el año de 1923, la mencionada hacienda se le adjudicó a título de herencia materna, y que a ella ha dedicado veinte años de esfuerzos, habiéndola mejorado día por día, explotándola económicamente con cultivos de caña y de arroz en la totalidad de su cabida; que el tiempo que lleva de poseer, sumado al período que poseyó su padre, alcanza a más de cuarenta años; que esa posesión fue real, ininterrumpida y pacífica; y que tanto el señor Jesús Sarmiento, como el peticionario, han ejecutado actos positivos de dominio, considerando en todo momento a la hacienda San Carlos como un cuerpo cierto, una cosa singular, determinada por linderos que han respetado los colindantes.

Como fundamentos de derecho señaló los artículos 2º a 9º de la Ley 120 de 1928 y 2534 y concordantes del Código Civil.

Durante la tramitación de esa acción se presentaron varias oposiciones, por lo que ella fue seguida por los trámites del juicio ordinario y agotada la secuela propia de la primera instancia, el señor Juez del conocimiento la decidió en providencia de trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, negando tanto las súplicas del libelo de demanda como el derecho que a oponerse a ésta invocaron los opositores.

Sarmiento L. no se conformó con esa decisión e interpuso en su contra recurso de apelación, el que decidió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en sentencia de 19 de agosto de 1944, por medio de la cual confirmó la dictada por el señor Juez del Circuito de Tuluá. Sirvió como consideración fundamental para esa decisión del Tribunal la razón de que el actor no acreditó legalmente en el proceso la circunstancia de que sea causahabiente de quien afirma fue su antecesor, ya presentando las pruebas del estado civil correspondiente o la hijuela en donde constare la adjudicación respectiva, para que pudiera agregarse la posesión del segundo a la del primero de aquellos, y que así aislada la posesión material del demandante no completa los treinta años requeridos para el cumplimiento de la prescripción extraordinaria, al tenor de lo estatuído por el artículo 2532 del Código Civil.

El recurso:

En contra de esa sentencia recurrió en casación el

señor Sarmiento L., el cual ya debidamente tramitado se decide hoy.

Aunque el recurrente no cita expresamente la causal en que pudiera encajar el recurso que ha propuesto, como era su deber haberlo hecho, la Sala, no obstante esa deficiencia y para no sacrificar el derecho en aras de una mera fórmula, estudia los cargos formulados contra la sentencia como pertenecientes a la causal 1ª de casación consagrada en el artículo 520, numeral 1º del Código Judicial, en atención a que el recurrente hace consistir su reparo en la violación por parte del sentenciador de los artículos 2521 y 778 del Código Civil y 10 de la Ley 120 de 1928.

Sostiene en síntesis el recurrente que el Tribunal al exigir o echar de menos la prueba, ya sea el título o la hijuela, que acredite el derecho que asista al recurrente para unir su posesión a la de sus antecesores, ha violado los artículos 2521 y 778 ya citados, pues en su concepto del contenido de esas disposiciones no se deduce esa pretendida necesidad legal, dando a entender que es suficiente para los fines de los referidos textos legales que el poseedor actual solicite que se le añada a la suya la posesión de su antecesor, sin consideración a que sea sucesor de éste a título universal o singular.

Se considera:

La acción, como se ha visto, está encaminada a que por la justicia se declare que Carlos Sarmiento L. ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio del inmueble denominado hacienda de San Carlos y le sirve de fundamento a esa súplica el hecho afirmado por aquél de haber poseído quieta y pacíficamente dicho inmueble por un lapso de veinte (20) años y que ese tiempo de posesión suya, sumándolo al de su padre señor Jesús Sarmiento, cubre un período mayor de cuarenta (40) años. Para invocar en su favor el tiempo de posesión de este último, afirma en el hecho tercero de la demanda que la nombrada hacienda le fue adjudicada "a título de herencia materna".

Establece el artículo 2531 del Código Civil que si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o nó agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 778, ibidem, y este texto legal a su turno prescribe que sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya, pero que en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios.

Dos reglas consagran los textos legales acabados de citar; es la primera la de que la posesión de una cosa principia para toda persona desde el instante en que ésta comienza a ejecutar o cumplir los hechos que la constituyen, y la segunda consagra la facultad que a tal persona se otorga para poder agregar al tiempo de su posesión el de su antecesor cuando la cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas; pero para usar de esta facultad es de rigor que quien la ejercita suceda a su antecesor en esa posesión a título universal o singular, es decir, por herencia o venta, permuta, etc., y que además justifique la existencia de un título de las ya expresadas calidades, pues de lo contrario los períodos del tiempo de posesión del sucesor y del antecesor quedarían desvinculados entre sí, por carecer de razón o causa determinantes del derecho de añadirlos o sumarlos entre sí.

Estas tesis legales, que fueron las acogidas por el Tribunal en su sentencia y que han sido objeto de acusación por el recurrente, las ha proclamado como jurídicas la Corte al decidir un caso análogo al presente, como puede verse en los siguientes apartes de la sentencia de casación de 30 de abril de 1931, en la cual se dijo:

"En la prescripción extraordinaria el prescribiente puede unir a su posesión la de sus antecesores, según el artículo 2521 del Código Civil; pero entonces ha de probar que en realidad es sucesor de las personas a quienes señala como antecesores, es decir, debe acreditar la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta cumplir los treinta años.

"....."

"En resumen: con prueba testimonial es dable establecer el hecho material de la posesión, con sus elementos de duración e intensidad; pero hay que acudir a las pruebas propias del estado civil cuando sea indispensable acreditar que la posesión ha pasado de padres a hijos; y esto es cabalmente lo que no se hizo en el caso de autos.

"Y generalizando, se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de los antecesores, ra de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos traspasos, pues de lo contrario, quedarían sueltos o desvinculados los varios lapsos de posesión material".

Por consiguiente, cuando el Tribunal estimó que el recurrente señor Sarmiento L., para poder agregar el tiempo de su posesión al de la de su padre señor Jesús Sarmiento, debió acreditar los vínculos del estado civil que lo ligaban con él o exhibir la hijuela en que constara la adjudicación que se le hubiere hecho de la hacienda San Carlos, lejos de violar las disposiciones sustantivas que se señalan como infrin-

gidas, se ajustó estrictamente a su letra y a su espíritu.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Sostiene por último el recurrente que el Tribunal violó expresamente el artículo 10 de la Ley 120 de 1928 porque dice que habiendo surgido opositores en dir de la intervención del Agente del Ministerio Público, debiéndose seguir el juicio exclusivamente con el juicio, se imponía por mandato de la ley prescinesos opositores; pero aún en el evento de ser cierta la tesis sostenida por el recurrente, para rechazar este cargo es suficiente la elemental consideración de que la disposición señalada como infringida es de carácter procedimental y que la causal de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es precisamente y en todo caso la de violación de ley sustantiva.

F a l l o :

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el presente negocio.

Sin costas.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

ILEGIMITIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DEL DEMANDADO EN EL JUICIO

Si los bienes que en este juicio se persiguen forman parte de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Luna-Bermúdez, y si ésta es jurídicamente distinta de los socios que la constituían, es claro que para que la demanda estuviera enderezada legalmente contra la persona o entidad obligada a responder debió dirigirse expresa y directamente en contra de la prenombrada sociedad conyugal, representada por la cónyuge sobreviviente y por los herederos del cónyuge fallecido. Si así no se hizo es ilegítima la personería de la parte demandada en este juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. Bogotá, veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

En libelo de demanda fechado el veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno y dirigido al señor Juez Civil del Circuito de Purificación, el señor Isauro Valdés propuso juicio ordinario contra la sucesión del señor Bonifacio Luna representada por su cónyuge sobreviviente, señora Waldina Bermúdez viuda de Luna y sus hijos legítimos Ana Rosa, Carlos, Estela, Gilberto y Antonia Luna, mayores las dos primeras y menores las restantes, para que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que los contratos contenidos en las escrituras números ciento diez y ocho de nueve de junio de mil novecientos treinta y siete, registrada en los mismos día, mes y año, ciento ochenta y dos de cinco de agosto de mil novecientos treinta y siete, registrada el tres de noviembre del mismo año, y número ciento noventa y dos de seis de abril de mil novecientos treinta y ocho, registrada el siete de julio del mismo año, las dos primeras del Circuito de Purificación y la última del Circuito de Ibagué, por las cuales María Luisa Valencia, Juan Bautista Morales Vásquez y Gregorio Herrada V., dijeron vender a Bonifacio Luna, las fincas raíces relacionadas en tales escrituras, los verificó el señor Bonifacio Luna, como mandatario, apoderado o comisionado de Isauro Valdés.

"SEGUNDA. Que el valor de las compras verificadas por el señor Bonifacio Luna, según las escrituras mencionadas, se pagó con dineros de propiedad de Isauro Valdés.

"TERCERA. Que las compras hechas por el señor Bonifacio Luna y de que tratan las escrituras citadas en las peticiones anteriores, las verificó el citado señor Luna, para Isauro Valdés.

"CUARTA. Que la herencia ilíquida del señor Bonifacio Luna, está en la obligación de otorgar a Isauro Valdés, las escrituras de tradición del dominio de los bienes raíces a que se refieren los instrumentos públicos citados en la primera de las peticiones de esta demanda; y que se condene a los señores Waldina Bermúdez, Ana Rosa Luna, Luis Carlos Luna, Estela Luna, Gilberto Luna y Antonio Luna, como representantes de la sucesión ilíquida de Bonifacio Luna, a otorgar a Isauro Valdés, las escrituras de tradición del dominio de los bienes relacionados en los instrumentos públicos citados en la petición primera de esta demanda, dentro del término que en la sentencia se señale.

"QUINTA. Que Isauro Valdés ha tenido la posesión material de los bienes relacionados en las escrituras indicadas en la petición primera de la demanda, desde antes del otorgamiento de dichas escrituras y ha continuado en esa posesión hasta hoy de manera quieta, pacífica, sucesiva y sin interrupción, ejecutando por su cuenta actos de dominio tales como levantar cercas, cultivar sementeras, desmatonar potreros, cortar maderas, cebar ganados, sostener lecherías, etc., todo esto con conocimiento primeramente del señor Bonifacio Luna, y después de muerto éste, de su cónyuge sobreviviente y sus hijos legítimos, antes nombrados; y que Isauro Valdés, usufructúa para sí y por su propia cuenta los bienes raíces objeto de esta demanda, desde antes del otorgamiento de las escrituras a Bonifacio Luna, hasta hoy.

"SEXTA. Que el señor Bonifacio Luna, procedió a verificar las compras relacionadas en las escrituras citadas en la petición primera de esta demanda, por un acto de confianza por parte de Isauro Valdés, y en atención a la buena fe de Bonifacio Luna, y por dificultades en los negocios de Valdés".

Como fundamento de hecho de tales súplicas se formularon en síntesis los siguientes: que Isauro

Valdés confirió mandato verbal al señor Bonifacio Luna para verificar los contratos de compraventa de que tratan las escrituras públicas ya referidas; que el valor de las compras verificadas por Bonifacio Luna y a que se refieren los instrumentos mencionados se pagó con dinero de propiedad de Valdés; que al celebrar los dichos contratos Luna procedió "como mandatario, apoderado o representante del señor Isauro Valdés; que los vendedores de los bienes objeto de de la demanda se entendieron directamente para celebrar los respectivos contratos de compraventa con Isauro Valdés; que con él se discutieron los precios, se realizaron todas las operaciones de los negocios, que él verificó los pagos, que a él se hicieron las entregas de los bienes vendidos por los respectivos vendedores y que Luna procedía únicamente como intermediario de Valdés; que Luna fue casado con Waldina Bermúdez y que de ese matrimonio tuvieron como hijos legítimos a Ana Rosa, Luis Carlos, Estela, Gilberto y Antonia Luna; que Bonifacio Luna falleció; que Isauro Valdés ha tenido la posesión material de los bienes desde antes del otorgamiento de las referidas escrituras y que ha continuado en esa posesión hasta el momento de proponer la demanda, de manera quieta, pacífica, sucesiva y sin interrupción, usufructuando para sí y por su propia cuenta esos bienes raíces, con conocimiento primeramente de Luna, y después de muerto éste de su cónyuge superviviente y de sus hijos legítimos; que entre Valdés y Luna medió siempre una amistad íntima, "debido a la cual el primero confió al segundo el mandato o comisión de recibir las escrituras de ventas de los bienes tantas veces mencionados, lo que hacía Valdés igualmente por motivos de algunas dificultades en sus negocios, y tener algunos pleitos pendientes con la señora Eulogia Valdés"; que tanto Luna como Waldina Bermúdez manifestaron a varias personas que las compras referidas las verificó el primero por cuenta de Valdés y con dineros de éste y que el primero de los nombrados apenas procedía como mandatario de Valdés; que Bonifacio Luna era persona relativamente pobre, sin recursos pecuniarios suficientes para verificar de contado las compras referidas y que es fama pública en los municipios de Coyaima y Purificación que Bonifacio Luna era un intermediario, comisionado o mandatario de Isauro Valdés para la celebración de los contratos que éste verificaba con otras personas.

Admitida que fue esa demanda se ordenó el traslado de ella a las personas señaladas como demandadas, habiéndolo contestado por medio de apoderado la señora Waldina Bermúdez, negando los hechos de la demanda con excepción del quinto y del séptimo que los aceptó como ciertos y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones suplicadas por el actor. Seguido de allí en adelante el juicio por los trámites correspondientes, el señor Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, en la cual declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada con fundamento en que no se trajeron al juicio las pruebas demostrativas del estado civil que se asignó a los demandados, y absolviendo en consecuencia a éstos de los cargos que se les formularon en la demanda.

Por recurso de apelación interpuesto por el demandante subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en donde tramitada la instancia con arreglo a las ritualidades pertinentes, se le puso fin en sentencia de seis de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio de la cual se confirmó el fallo apelado pero por razones distintas de las que tuvo en cuenta el inferior para proferir el suyo.

Para fundamentar esa decisión tuvo en cuenta el Tribunal que si bien durante el término probatorio de la segunda instancia se aportaron por el demandante las pruebas sobre estado civil que el Juzgado echó de menos en su fallo, sin embargo subsistían hechos en el proceso que continuaban afectando la personería de la parte demandada, los cuales puntualizó así: que no obstante haberse hecho la afirmación en la demanda de que cuatro de los hijos del extinto Luna son menores de edad, "no se les señaló representante legal, pues la cónyuge Waldina Bermúdez únicamente fue incluída como representante de la sucesión"; que este último carácter no corresponde a la cónyuge sobreviviente, desde luego que habiendo hijos legítimos ella no es heredera, y de consiguiente no representa la mortuoria, de suerte que en lo relacionado con dicha señora "la demanda ha sido dirigida contra diversa persona de la obligada a responder"; que además en la demanda se persiguen bienes raíces "sobre los cuales puede tener interés una entidad distinta de la sucesión demandada", y refiriéndose a este particular dice así el sentenciador:

"Según las partidas de origen eclesiástico, Bonifacio Luna y Waldina Bermúdez se casaron en el año de 1920. Por ese hecho quedó contraída sociedad de bienes entre los dos, al tenor del artículo 180 del C. Civil, desde mucho antes de entrar en vigencia la Ley 28 de 1932, sobre régimen de bienes en el matrimonio.

"Para acomodarla a ese nuevo régimen ha debido procederse a una separación provisional de bienes,

bien en la forma privada que contempla el artículo 7º de la misma ley, o bien en la forma judicial que indica el artículo 8º, ibidem; pero nada de eso aparece acreditado en el expediente.

"Como el legislador de 1932 entendió que la sociedad conyugal seguiría existiendo teóricamente hasta cuando se disolviera el matrimonio, u ocurriera alguno de los eventos previstos por el C. Civil para liquidarla; y como en el caso de autos se disolvió el matrimonio por muerte del cónyuge Bonifacio Luna, hay que entender que la sociedad conyugal revivió con todas sus consecuencias prácticas, hasta cuando ella quede definitivamente liquidada, cosa que tampoco aparece acreditada en el juicio.

"Estas consideraciones dan base para conceptuar que la demanda ha debido dirigirse también contra la sociedad conyugal ilíquida".

Y al final de su sentencia agregó el Tribunal: "De manera que sobre la base de ser ilegítima la personería sustantiva de la parte demandada, de haber pedido en forma errada y de carecer de acción, la Sala Civil del Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA el fallo apelado, por razones distintas de las que tuvo en cuenta el inferior".

Sin embargo de haber llegado a esas conclusiones entró el Tribunal en el estudio a fondo de la litis, haciendo algunas consideraciones jurídicas alrededor de la naturaleza del contrato de mandato, sobre las facultades que de suyo confiere al mandatario; sobre la necesidad de requerirse poder especial para ejecutar actos de tánta trascedencia como los de disposición, para concluír luégo de estudiar las pruebas aportadas al debate de que por parte de Bonifacio Luna, "no se llevaron a cabo las gestiones de negocios que prevé la ley para que haya contrato de mandato y que no siendo actos comunes de administración los de comprar o vender bienes raíces, ellos requieren poder especial o cláusula o autorización expresa, la que echa de menos en este negocio, la que también considera que ha debido conferirse por escrito dada la naturaleza de los actos para los cuales se dice se había conferido el mandato ya que todos ellos versaron sobre bienes raíces y que algunos valían más de quinientos pesos. De todo lo cual se desprende que el actor "ha debido traer la prueba escrita y solemne del contrato de mandato" y que como no lo hizo sus pretensiones no pueden prosperar.

El recurso

En contra de esa sentencia interpuso recurso de casación el demandante, y se procede hoy a decidirlo por estar ya debidamente preparado.

Con base en la causal primera de casación el recurrente formula varios cargos en contra de la sentencia los cuales están contenidos en los cinco capítulos de que consta su demanda. Estima la Corte que en primer lugar debe considerar el cargo contenido en el capítulo II de que más adelante se hablará porque de la conclusión a que sobre él se llegue depende, como se dirá en seguida, la necesidad de entrar a considerar o nó los restantes cargos que integran la acusación del recurrente.

Afirma éste que el Tribunal incurrió en infracción directa de los artículos 1011, 1155, 1411, 1835, 1836, 2324, del Código Civil y 18 de la Ley 45 de 1936, "por errónea interpretación de la demanda".

Combate el recurrente la conclusión a que llegó el Tribunal sobre que la demanda ha debido dirigirse también contra la sociedad conyugal ilíquida constituída por Bonifacio Luna y su esposa Waldina Bermúdez y a este respecto manifiesta que aunque en la demanda "no se dijo expresamente que se demandaba también a la sociedad conyugal ilíquida, es lo cierto que se demandó y comparecieron al juicio todas las personas que representan a esa sociedad conyugal: de un lado todos los herederos de uno de los socios, del causante, y de otro la cónyuge sobreviviente señora Bermúdez v. de Luna" y agrega: "En numerosos fallos ha dicho la Corte que la sucesión no es una persona jurídica ni que sea distinta de los herederos considerados como personas físicas y que cuando se demanda a la sucesión o para la sucesión la parte reo está constituída por todos los herederos y la parte actora lo está por el heredero que pide para la comunidad.

"Otro tanto, con mayor razón puede decirse de la sociedad conyugal la cual tampoco es una persona jurídica distinta de sus socios, de tal manera que cuando se demanda a ésta es suficiente demandar a quienes la representan, es decir a los dos socios, o a sus herederos, si aquellos han fallecido, o a uno de los socios y a los herederos del otro cuando éste ha fallecido, como acontece en el presente caso".

Sobre este mismo particular añade más adelante el recurrente que como el Tribunal estimó "que la demanda ha debido dirigirse también expresamente contra la sociedad conyugal, a pesar de que se intentó contra todos los que la representan o sea la cónyuge sobreviviente y los herederos del causante, infringió directamente las disposiciones citadas al iniciar este capítulo".

Se considera:

Está debidamente acreditado en autos con la partida de origen eclesiástico correspondiente, que el día 1º de marzo de 1920 contrajeron matrimonio católico los señores Bonifacio Luna y Waldina Bermú-

dez, por lo cual, al tenor de lo dispuesto en los artículos 180 y 1774 del Código Civil, en virtud de ese hecho quedó contraída sociedad conyugal entre ambos.

En esa situación y estando ya en vigencia la Ley 28 de 1932, sobre régimen de bienes en el matrimonio, Bonifacio Luna adquirió para sí los bienes raíces de que dan cuenta las escrituras públicas 118 de 9 de junio de 1937, 182 de 5 de agosto de 1937 y 192 de 6 de abril de 1938, pasadas las dos primeras ante la Notaría del Circuito de Purificación y la última ante el Notario 2º del Circuito de Ibagué, y sobre los cuales versa el juicio a que se refiere la demanda de casación que ahora se decide.

Consta, además, en el proceso que el día 27 de diciembre de 1940 falleció en la ciudad de Girardot el citado señor Bonifacio Luna, por cuyo motivo se disolvió por ministerio de la ley (artículos 1820, numeral 1º, y 152 del Código Civil), la precitada sociedad conyugal y como en el expediente no hay constancia alguna de que ella haya sido liquidada definitivamente, precisa concluír que los inmuebles ya aludidos pertenecen o forman parte del patrimonio de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Luna-Bermúdez, la cual constituye una entidad jurídica distinta e independiente de los cónyuges que la integraban, según así lo ha sostenido la Corte en constante jurisprudencia.

Fue en presencia de tales circunstancias tomadas en cuenta por el juzgador de segunda instancia, como éste llegó a la conclusión de que "la demanda ha debido dirigirse también en contra de la sociedad conyugal ilíquida" referida, y no sólo en contra de la sucesión de Bonifacio Luna y que por ello resultaba "ilegítima la personería sustantiva de la parte demandada". Este concepto lo comparte también la Corte, pues si los bienes que en este juicio se persiguen forman parte del haber de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Luna-Bermúdez, y si ésta es — como ya se dijo — jurídicamente diferente de los socios que la constituían, es claro que para que la demanda estuviera enderezada legalmente contra la persona o entidad obligada a responder debió dirigirse expresa y directamente en contra de la prenombrada sociedad conyugal, representada por la cónyuge sobreviviente y por los herederos del cónyuge fallecido, y es evidente que el actor no enderezó así la suya, pues la propuso en **"contra de la sucesión del señor Bonifacio Luna", "representada por su cónyuge sobreviviente señora Waldina Bermúdez y sus hijos legítimos"** (subraya la Corte), y ello determina inequívocamente el que sea ilegítima la personería sustantiva del demandado en el presente juicio.

Pero estima el recurrente que aun cuando en la demanda "no se dijo expresamente que se demandaba también a la sociedad conyugal ilíquida" citada, era suficiente para esa finalidad el que hubiera demandado, como se demandó a todos los que la representan, para que la acción debiera prosperar.

Para la Corte no es exacta la anterior afirmación del recurrente, ya que la condición o calidad con que la señora Waldina Bermúdez ha comparecido al juicio es la de representante de la sucesión de Bonifacio Luna y de sus menores hijos legítimos, en demanda dirigida contra la sucesión y no contra la sociedad conyugal, y la aceptación de aquella alegación implicaría tanto como que se admitiera el que puedan alterarse a estas alturas del juicio los términos inequívocos en que se ha trabado la litis contestación, contrariando así el principio de derecho procesal consagrado en los artículos 208 e inciso final del 471 del Código Judicial.

Por último el recurrente finaliza así su acusación: "Por otra parte el Tribunal interpretó erróneamente la demanda en cuanto afirma que ésta se dirigió contra diversa persona de la obligada a responder y que no se intentó contra la sociedad conyugal; porque hemos visto que por lo que hace a la sucesión se demandó a todos los herederos, y por lo que dice relación a la sociedad conyugal, también se demandó a todos los que la representan. Esa errónea interpretación de la demanda en que incurrió el Tribunal lo condujo a violar nuevamente las disposiciones legales citadas".

Por el aspecto que se viene considerando, también esta alegación es improcedente, pues ella se basa en la misma argumentación que acaba de ser refutada y porque además, ni existe la pretendida interpretación de la demanda desde luego que el sentenciador se ha atenido a los términos literales y claros en que ella ha sido propuesta, ni el recurrente ha demostrado, tratándose de una cuestión de hecho, que el sentenciador hubiere incurrido en un error que apareciera de modo manifiesto en los autos, ni el pretendido error tiene tampoco existencia, por lo que ya se ha dicho en este fallo.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

El recurrente en su alegato de casación formula otras acusaciones en contra de la sentencia del Tribunal de Ibagué; pero como se ha encontrado fundada la conclusión a que éste llegó, que ha sido materia del presente estudio, y como ella impone como consecuencia necesaria la absolución del demandado, que decretó el sentenciador, resulta, por ello, superfluo el que la Corte se detenga a considerar aquellas acusaciones, que no conducirían a ninguna fina-

lidad práctica para los fines que persigue el recurrente.

Fallo

En mérito de los motivos expuestos, 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 que en este juicio ordinario pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha seis de mayo del año pasado.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial y en su oportunidad devuélvase a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda, Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE INEXISTENCIA DE UN CONTRATO POR SIMULACION Y OTRAS

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

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

Miguel Angel Tello demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado del Circuito de Túquerres a Nicomedes Castillo y Segundo Inga para que por sentencia definitiva se hiciesen las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que es inexistente por ser simulado el contrato de venta contenido en la escritura número 356 de 14 de noviembre de 1939, otorgada ante el señor Notario número primero de este Circuito, por el cual el señor Nicomedes Castillo dijo venderle al señor Segundo Inga B. los lotes de terreno denominados "La Rabija y Arrayán o. Pilas", situados en jurisdicción del distrito de Ospina;

"SEGUNDA. Que se declare que el remate verificado ante el Juzgado del Circuito en lo Civil de este lugar, el 19 de mayo de 1939 en el ejecutivo seguido por el señor Nicomedes Castillo contra el señor Carlos Martínez Segura, de los terrenos "Arrayán y Pilas", situados en jurisdicción del Distrito de Ospina y comprendidos bajo los siguientes linderos generales: Por el pie, con el potrero Tablón del señor Carlos Martínez Segura, zanja por medio; por el costado derecho, con terrenos de Camilo Cruz, zanja y zanjón por medio; por la cabecera, con terrenos de los herederos del señor José Ignacio Martínez (padre), zanjón por medio; y por el costado izquierdo, con terrenos de Carlos Martínez Segura, zanjón por medio, en el que se le adjudicaron estos terrenos a Nicomedes Castillo como rematante, fue hecho tanto a favor del rematante Castillo como en favor mío, y que por ello soy dueño de la mitad de los lotes "Arrayán y Pilas" por su situación y linderos antes indicados.

"Como petición subsidiaria a ésta, pido que se declare o condene al demandado Nicomedes Castillo, a otorgarme tres días después de ejecutoriado el fallo que habrá de dictarse en este juicio, a otorgarme la escritura de venta de la mitad de los terrenos "Arrayán y Pilas" por su situación y linderos ya indicados, a que se refiere el contrato de promesa de venta celebrado entre el demandado Nicomedes Castillo y el suscrito demandante, en documento privado otorgado en la ciudad de Túquerres, el 19 de mayo de 1939;

"TERCERA. Que los demandados como poseedores de mala fe, están obligados a pagarme el valor de los frutos naturales y civiles de la mitad de los lotes de terreno "Arrayán y Pilas", no solamente de los percibidos, sino de los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la mitad de esos lotes en mi poder, a partir de la fecha en que Castillo debió otorgarme la respectiva escritura de venta de esa mitad o sea quince días después de registrada el acta de remate de esos lotes de terreno;

"CUARTA. Que se condene al demandado Nicomedes Castillo a pagarme tres días después de ejecutoriada la sentencia que habrá de poner término a este juicio, la suma de quinientos pesos ($ 500.00) por incumplimiento al contrato de promesa de venta contenido en documento suscrito el 19 de mayo de 1939 en la ciudad de Túquerres, y como multa impuesta por el mismo contrato, junto con los demás perjuicios que por su incumplimiento y mala fe me ha ocasionado;

"QUINTA. Que se condene a los demandados a pagarme las costas y gastos del presente juicio, si se oponen a que se hagan las declaraciones que solicito".

Como hechos fundamentales de la demanda el actor indicó, en síntesis, los siguientes: que el 19 de mayo de 1939 Nicomedes Castillo remató en el Juzgado del Circuito los terrenos "Arrayán y Pilas" por la suma de $ 2.700.00, cuya mitad fue pagada por Castillo y la otra con dinero de propiedad del actor, por haber convenido rematarlo a medias; que amigablemente estipularon que como rematante figurara Castillo, quien le firmó ese mismo día un contrato de promesa de venta de la mitad de los terrenos rematados; que la adquisición fue hecha por ambos; que Castillo recibió de Tello la suma de $ 1.300.00 en virtud de lo convenido; que después del remate Nicomedes Castillo no sólo se negó a otorgarle la escritura de venta de la mitad de los lotes, sino que vendió simuladamente los mismos terrenos rematados a Segundo Inga el 13 de noviem

bre de 1939, sin que el primero tuviese la intención de vender ni el segundo de comprar, lo cual fue hecho con el fin de impedir que el actor ejercitara una acción judicial rápida y eficaz para obligarlo a cumplir sus obligaciones; que Castillo está en mora de otorgarle al actor el respectivo título de propiedad sobre la mitad de dichos terrenos y de hacerle la entrega de los mismos, a partir de los quince días siguientes al registro de las diligencias de remate.

El demandado Castillo contestó la demanda aceptando el hecho de haber rematado para sí exclusivamente y con dineros de su propiedad en su integridad, los terrenos en referencia; aceptó haber hecho venta real y efectiva de los mismos al demandado Inga; negó los restantes y propuso las excepciones de carencia de la personería sustantiva del actor; carencia de derecho; improcedencia de la acción y petición de modo indebido. El demandado Inga contestó en análogos términos a como lo hizo Castillo; propuso las mismas excepciones y pidió se le absolviera, en consecuencia, de los cargos de la demanda.

Continuado el juicio por los trámites de rigor, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 2 de septiembre de 1943, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"I — Declara no probadas las excepciones perentorias de improcedencia de la acción, petición antes de tiempo y de modo indebido y carencia de personería sustantiva para demandar, propuestas por los demandados;

"II — Declara no probadas las peticiones primera, segunda con la subsidiaria, tercera y quinta de la demanda, por falta de prueba;

"III — Se condena a Nicomedes Castillo, mayor de edad y vecino del Distrito de Ospina, a pagar tres días después de ejecutoriada esta sentencia, al señor Miguel Angel Tello, mayor de edad y vecino de este Distrito, la suma de quinientos pesos ($ 500.00), como multa por el no cumplimiento de la promesa de venta contenida en el documento privado de 19 de mayo de 1939, firmado en esta ciudad.

"IV — Se absuelve al demandado Segundo Inga B., de todos los cargos formulados en la demanda civil de 13 de junio de 1942.

"Costas comunes".

De esa sentencia apelaron ambas partes, por lo cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, después de tramitar el recurso en debida forma, le puso fin a la segunda instancia mediante la sentencia de 31 de agosto de 1944, en la que dispuso:

"Reformar el numeral 1º de la parte resolutiva del fallo apelado para declarar probada la excepción de petición antes de tiempo y de modo indebido. Se REVOCA el punto 3º y en su lugar se ABSUELVE a Nicomedes Castillo de los cargos formulados en la demanda, y se confirma en lo demás. Sin costas".

Para motivar ese fallo principió el Tribunal por ocuparse en estudiar las declaraciones de los testigos Joaquín Chacuanés, Gratiniano Taquez, Alberto Delgado M., Marco Tulio y Zabulón Villota, aducidos por el demandante, destacando los hechos sobre que deponen y luégo dijo que tratando de coordinar los testimonios de Chacuanés y Taquez con los de Zabulón y Tulio Villota encontraba "que como primer reparo a su credibilidad surge la discrepancia de las fechas, pues en tanto que los dos primeros dicen haber ocurrido (los hechos que relatan) en los primeros meses del año de 1940, los segundos los afirman como ocurridos en 1939" y después de referirse a que con otros testimonios que el fallo cita se trata de acreditar que ha sido el demandado Castillo quien ha ejercitado actos de dominio en los terrenos rematados, entró a estudiar las excepciones propuestas por los demandados, y al ocuparse en la de carencia de la personería sustantiva del demandante dijo que para fundamentarla se alega que éste no figura en el acta de remate y que "en ausencia del documento visible al folio 3, posiblemente la excepción tendría fundamento; pero en ese documento se contempla el remate de los terrenos "Arrayán y Pilas" que fueron vendidos después por Castillo a Inga y se confiesa el recibo por parte de Castillo, de un dinero dado para ese fn, por el demandante, lo cual es suficiente para considerar el interés jurídico necesario para ejercitar la acción de simulación. La excepción no tiene entonces fundamento y por lo mismo tampoco lo tiene la de improcedencia de la acción puesto que si la acción se encamina al cambio de una determinada situación jurídica, al tratar en el presente caso, de quitarle valor al contrato escriturario, que es la finalidad en el presente caso, la acción es procedente".

Se concretó luégo el Tribunal al estudio de las excepciones de petición antes de tiempo y de modo indebido las cuales encontró procedente porque "no figurando en los autos ni el acta de remate ni su fecha de registro, no se puede dar por establecido el tiempo a cargo de Castillo para la factura de la venta contemplada en el contrato promisorio" y porque "tratándose de un contrato bilateral con obligaciones de ambas partes, no es procedente declarar incurso en la mora de uno de los contratantes sin la prueba previa del cumplimiento de la otra".

Al demandante se le concedió recurso de casación en contra de esa sentencia, el que tramitado debidamente hoy se decide.

Como causal de casación dice el recurrente que invoca las consagradas en los numerales 1º y 2º del

artículo 520 del Código Judicial; pero es de notarse desde ahora que ninguno de los cuatro cargos que en contra de la sentencia formula se apoya en la causal 2ª, por lo cual este fallo habrá de circunscribirse a la primera.

Para seguir un orden lógico en el estudio de los cargos la Sala comenzará por el tercero, ya que las consideraciones que sobre éste van a emitirse guardan estrecha relación con los demás.

En tal cargo sostiene el recurrente que el Tribunal con respecto a la declaración subsidiaria de la segunda petición de la demanda incurrió en error de hecho y de derecho porque tratándose de darle cumplimiento al contrato de promesa de venta celebrado entre el demandante y el demandado, la mora del promitente Castillo está demostrada tanto por la escritura número 358 de 14 de noviembre de 1939 en la que consta que Castillo vendió a Inga los mismos bienes que había prometido venderle a Tello, como también por la confesión del demandado sobre el hecho mismo del remate y cumplimiento de la condición señalada para otorgarle al demandante la respectiva escritura de venta de la mitad de los aludidos inmuebles, cosa que el Tribunal no estimó de ese modo, y que por ese motivo y al no tener en cuenta los referidos elementos de prueba y demostración, violó los artículos 1602, 1603, 1605, 1608, 1610 del Código Civil; 89 de la Ley 153 de 1887 y 471, 472, 593, 604 y 606 del Código Judicial.

Se considera:

Aun dando por demostrados los errores de hecho y de derecho que el recurrente alega tendientes a justificar que el demandado incurrió en mora en el cumplimiento de las obligaciones que a su cargo le resultan del contrato de promesa de venta de 19 de mayo de 1939 (folio 3, cuaderno 1), el cargo no puede prosperar por los siguientes motivos:

En la petición subsidiaria de la súplica segunda de la demanda pide el actor que se condene al demandado Castillo a otorgarle, tres días después de ejecutoriado el fallo que decida el juicio, escritura de venta de la mitad de los terrenos "Arrayán y Pilas", a que se refiere el contrato de promesa de venta celebrado entre ambos, en la fecha arriba indicada. Por medio de ese contrato Castillo se obligó a darle en venta a Tello "quince días después de verificado el registro del acta de remate" la mitad de los inmuebles mencionados, por un precio de $ 1.350.00, de los cuales $ 600.00 se declararon recibidos por Castillo en la fecha del otorgamiento del citado documento, comprometiéndose Tello a pagar el saldo que quedaba a deber el 30 de septiembre de 1939

Según el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Túquerres, que obra en autos (folios 83 a 87, cuaderno número 1) está comprobado que el acta de remate de los terrenos ya referidos y la sentencia aprobatoria del mismo fue registrada el día 28 de noviembre de 1939, por lo cual se comprende que cuando llegó el tiempo oportuno para que Castillo otorgara a Tello la escritura de venta de la mitad de los nombrados terrenos, cosa que conforme al contrato de promesa debía hacerse quince días después de registrada el acta de remate, ya el demandante estaba en mora de pagar el saldo del precio estipulado en el contrato de promesa de venta, pues la fecha señalada para hacerlo fue el 30 de septiembre del mismo año de 1939.

En esas condiciones como el demandado Castillo negó al contestar la demanda haber recibido la totalidad del precio acordado en el contrato de promesa de venta y como el demandante no ha comprobado haber hecho ese pago en su totalidad ni haber se allanado a cancelar el saldo pendiente en tiempo y forma oportunos, es claro que, siendo como es el contrato de 19 de mayo de 1939 un contrato bilateral, carecía de derecho para exigir de Castillo el cumplimiento de la obligación que corría a cargo de éste de otorgarle escritura de venta de la mitad de los mencionados predios, mientras aquél no hubiese comprobado que cumplió o que se allanó a cumplir la obligación correlativa que le correspondía de pagar la integridad del precio estipulado en atención a la regla consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, según el cual en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo poctado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Por consiguiente estuvo ajustada a derecho y a la situación de hecho que del proceso surge la decisión del sentenciador cuando declaró probada la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido, oportunamente alegada por los demandados, y por ello no ha podido darse, con ocasión de esa decisión, la violación de las disposiciones sustantivas que el recurrente cita como infringidas.

No prospera, pues, la antedicha acusación.

En el primero de sus cargos afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error al declarar probada la excepción de petición antes de tiempo y de modo indebido con respecto a la acción de simulación por él propuesta, en atención a que no se trata de una acción sobre cumplimiento de un contrato, sino de una que pretende demostrar la inexistencia del vínculo contractual y su carácter de ficticio. Agrega que el Tribunal dejó de estudiar las condiciones necesarias para la eficacia de la acción

de simulación, las cuales considera establecidas en el proceso y que en cuanto a la demostración de la simulación misma existe sobre ella suficiente prueba en autos, tales como las declaraciones de Luciano Coral, Segundo Cuaspud, Juan Ortega, María Peregrina Coral y la confesión del demandado Castillo las cuales dejó de apreciar el Tribunal, y que por tales errores de hecho y de derecho violó los artículos 15 de la Ley 95 de 1890, 2º de la Ley 50 de 1936 y 2488 del Código Civil.

En uno de los apartes de este cargo dijo textualmente el recurrente:

"En cuanto a las condiciones esenciales para que la acción de simulación tenga eficacia, en el expediente está demostrado que mi mandante es acreedor del demandado Castillo en virtud del contrato denominado de promesa de venta que entre ellos suscribieron. Ese documento que como tal vale con valor de plena prueba, lo demuestra de una manera irrefutable. El mismo Tribunal así lo reconoció".

Se considera:

La súplica primera de la demanda se encamina a que se declare simulado el contrato contenido en la escritura pública número 356 de 14 de noviembre de 1939, por medio de la cual Nicomedes Castillo vende a Segundo Inga los lotes de terrenos denominados "La Rabija y Arrayán o Pilas", descritos por sus linderos en dicho instrumento, y como derecho para solicitarlo así invoca el actor, tercero con respecto a ese contrato, la condición de acreedor que dice le resulta del documento de promesa de venta de 19 de mayo de 1939, anteriormente citado.

Como la acción se ha enderezado, entre otras cosas, como se ve de las peticiones subsidiaria y cuarta de la demanda, a lograr que se condene al demandado Castillo al cumplimiento del contrato, de 19 de mayo, es claro que el recurrente pretende derivar su condición de acreedor de la obligación que contrajo Castillo de otorgarle, a los quince días de registrada el acta de remate de los bienes "Arrayán o Pilas", escritura de venta sobre la mitad de dichos inmuebles. No puede tratarse de otra obligación, pues si bien es cierto que en el citado documento el demandado Castillo confesó haber recibido la suma de $ 600.00 como parte del precio de los bienes que prometía vender, en ese hecho no es posible encontrar el fundamento para la condición de acreedor a que se refiere el recurrente, pues el juicio no se ha propuesto para obtener la resolución del contrato y la consiguiente condena para que el demandado restituya la suma recibida como parte del precio, sino precisamente para lograr una finalidad contraria, como es la del cumplimiento del mismo contrato.

Resulta, por tanto claro que la condición de acreedor que el demandante invoca para poder ejercitar la acción de simulación radica en la obligación de hacer, que el demandado contrajo cuando se comprometió a otorgarle a aquel, dentro del plazo de que ya se habló, escritura de venta de la mitad de los inmuebles "Arrayán o Pilas"; pero como al considerarse el cargo precedente se ha visto que el demandante carece de derecho para exigir de Castillo el cumplimiento de esa obligación, por las razones allí expuestas, es claro que por los mismos motivos esa obligación no puede servir de base para decretar la simulación propuesta. En esa situación se comprende que el actor carece de actual interés jurídico para demandar la simulación, cosa ésta que se pone de manifiesto al considerar que si llegara a pronunciarse la declaración al respecto pedida,, de allí no se desprendería utilidad o provecho alguno para el demandante, pues en ese evento volverían los inmuebles al patrimonio del demandado Castillo sin que de ello se derivaran consecuencias prácticas para aquél, ya que las restantes súplicas de la demanda no pueden prosperar.

Como las consideraciones anteriores son suficientes para rechazar, como se rechaza el cargo que se ha considerado, no se detiene la Corte, por estimarlo superfluo, a considerar las circunstancias y condiciones requeridas para que un acreedor pueda como tal, intentar eficazmente la acción de simulación. Bastará recordar que esas cuestiones han quedado suficientemente dilucidadas, entre otras sentencias, en la de 10 de agosto de 1943, G. J., números 2001 a 2005, páginas 39 y ss.

En el cargo segundo dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al declarar también respecto de la segunda petición de la demanda la excepción de petición antes de tiempo, por cuanto que tratándose de declaraciones distintas e independientes y no conteniendo el fallo salvedad alguna, la excepción que creyó encontrar demostrada abarca todas las declaraciones; que habiéndose presentado por el actor el contrato de promesa de venta al Tribunal le correspondía hacer su interpretación; que de esa interpretación se desprende "que Tello contribuía a rematar los fundos rematados por partes iguales con Castillo y de que por tanto éste iba a rematar tanto para él como también para Tello"; que tal fue la clara intención de los contratantes; que el Tribunal debió hacer esa interpretación y declarar en la sentencia respecto de ese asunto; que el hecho del remate resulta comprobado con la confesión que el demandado Castillo hizo sobre el particular; que el Tribunal no tuvo en cuenta el contrato de promesa de venta para su inter-

pretación ni la confesión del demandado, ni el incumplimiento de Castillo de haber vendido a otra persona lo que prometió vender a una primera, y que por tales errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal se violaron los artículos 1618 a 1622 del Código Civil; 27, 1540, 1602, 1603, 1679, 1605, 1608, 1610 de la misma obra, y 471, 472, 593, 604 y 606 del Código Judicial.

Se considera:

Por medio de la súplica segunda de la demanda el actor pidió que se declarase que el remate verificado por Nicomedes Castillo de los terrenos de "Arrayán y Pilas" el 19 de mayo de 1939, fue hecho tanto a favor del rematante Castillo como del demandante y que por ello éste es dueño de la mitad de dichos terrenos, y cree el recurrente que si el Tribunal hubiera tomado en cuenta la confesión del demandado Castillo sobre el hecho mismo de haberse verificado el remate e interpretado el contrato de promesa de venta tantas veces mencionado, habría despachado favorablemente la petición contenida en dicha súplica segunda; pero la Corte considera que al contrato de promesa de venta de 19 de mayo de 1939 no puede dársele en ningún caso el alcance que le asigna el recurrente, pues de ese contrato surge con claridad inconfundible que el demandado Castillo se proponía rematar para sí los inmuebles mencionados, para luégo que llegara la oportunidad correspondiente otorgarle al demandante escritura de venta sobre la mitad de ellos. Así se expresa con toda nitidez en la cláusula primera del mismo documento en la cual se hizo constar que Nicomedes Castillo adquiriría por adjudicación en remate público los fundos "Arrayán y Pilas", sin que allí se afirmara expresa o implícitamente que el remate iba a hacerse para los dos contratantes, y en la cláusula segunda se consignó la obligación de parte de Castillo de dar en venta a Tello, quince días después de verificado el registro del acta de remate, la mitad de los inmuebles referidos. Es por tanto indudable que en ese contrato se partía de la base de que Castillo remataría en su propio nombre aquellos bienes, y como esa es la prueba fundamental que aduce el recurrente para sostener que el propósito de los contratantes era el de rematar los fundos para ambos por iguales partes, es claro que ni aún considerando como se ha considerado en el fondo la acusación precedente ella está llamada a prosperar y por consiguiente no han podido darse con ocasión del cargo analizado las violaciones de las disposiciones legales que el recurrente cita como quebrantadas.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

En el cuarto y último cargo sostiene el recurrente que por los mismos errores que ha apuntado en los precedentes y al no despachar de conformidad con lo pedido las declaraciones tercera y cuarta de la demanda, que son una consecuencia de las primeras, el Tribunal violó los artículos 962, 963, 964 y 1592 del Código Civil.

Se considera:

Como lo dice el recurrente las súplicas tercera y cuarta son una consecuencia de los pedimentos formulados en las declaraciones primera, segunda y subsidiarias de la demanda, y como ya se ha visto que las acusaciones formuladas en relación con éstas han resultado improcedentes, la misma suerte tiene que correr el cargo que se considera, el que por tanto también se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 31 de agosto del año pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el presente juicio.

Condénase en costas a la parte recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.

IMPORTANTE

En un volumen adicional del Tomo LIX de la GACETA JUDICIAL, que será el número 2025, 2026 y 2027-BIS, aparecerán las providencias de las Salas de Casación Penal y de Negocios Generales, correspondientes a los meses de OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE de 1945.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Decretos ejecutivos números 465 y 1535 de 1906, 373 y 973 de 1908, 192, 429 y 52 de 1909, 27 y 1024 de 1911, 1258 de 1918, 1640 y 1725 de 1919, acusados como inconstitucionales. Carece la Corte de competencia para su conocimiento.—No se admite la demanda formulada por el Coronel Félix Restrepo Briceño contra las referidas disposiciones.—Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno. 631

Exequibilidad de los artículos 7º, de la ley 71 de 1916, 1º de la Ley 49 de 1931, 8º de la Ley 62 de 1939, 1º, 2º y 3º de la Ley 45 de 1931, 99, 100 y 101 de la 167 de 1941. No prospera la acusación de inconstitucionalidad formulada por el señor Jesús María Rodríguez Guevara contra estas disposiciones. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 633

Decretos ejecutivos números 687 de 1943, 1027 de 1943 y 1027-bis del mismo año, acusados como inconstitucionales.—Se declara inhibida la Corte para conocer de esa acusación. Demandante, doctor Ramón Lozano Garcés. Magistrado ponente, Dr. Germán Alvarado 638

Artículo 2 del Decreto-Ley número 1413 de 1942 acusado en su inciso 2º como inconstitucional.—No hay lugar a decidir sobre la acusación formulada por el Sr. Raúl Arias. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 641

Inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de "Matecaña" — Prosperan las objeciones formuladas por el Excmo. señor Presidente de la República al citado proyecto de ley. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 645

Págs.

Salvamento de voto de los honorables Magistrados doctores Eleuterio Serna, Pedro Castillo Pineda y Ramón Miranda..... 651

Salvamento de voto del honorable Magistrado doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 657

Salvamento de voto del honorable Magistrado doctor Ricardo Jordán Jiménez..... 660

Salvamento de voto del honorable magistrado doctor José Antonio Montalvo..... 663

Salvamento de voto del honorable magistrado doctor Domingo Sarasty M..... 664

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de nulidad de un testamento.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Santiago Jiménez Arrechea contra Pedro Antonio Arrechea.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 667

Sociedades de Minas.—Acciones de Minas.—Casación de la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Samuel Poveda D. contra Saturia Trujillo de Perdomo, Elena Díaz de Cuéllar y otros.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 674

Filiación natural. — Efecto de las sentencias sobre filiación.—Teoría del legítimo contradictor en las legislaciones chilena y colombiana. — Interpretación del numeral 2º, del artículo 403 del C. C.—Ambito de acción de los artículos 400, 401, 403 y 404 de la Ley 45 de 1936.—Prueba del hecho de la filiación natural.—Presunciones. — Resumen final de la doctrina de la Corte que echó por tierra la anterior.—En el ordinario de Oti-

Págs.

lia Medina contra Inés Camacho de Montejo, se revocan las sentencias de primera instancia del Juzgado 2º del Circuito de Bogotá y de segunda instancia del Tribunal Superior de la misma ciudad, y se declara a la actora hija natural y heredera del doctor Antonio Camacho Ruiz.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 679

Reivindicación.—Error de hecho.—Naturaleza del recurso de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira dictada en el ordinario de Florentina Betancourt contra Manuel F. Blandón y Vicente Serrano.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 704

Acción petitoria de declaración de prescripción adquisitiva de una finca raíz.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el juicio de pertenencia iniciado por Herminia Llanos sobre un lote de terreno ubicado en dicha ciudad.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 709

Acción resolutoria de un contrato por falta de pago del precio de la finca vendida.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Carlota Ocampo de Sader y Evangelina Ocampo Jiménez contra Isabel Díaz de Quevedo.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 717

Fianza.—Excusión.—Prescripción — Subrogación de derechos.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Eduardo Rodríguez contra José Dulcey por suma de pesos. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 721

Acción revisoria de una sentencia.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio ordinario de Monseñor Rafael Afanador y Cadena contra Jesús Buendía R. y el doctor Luis E. Moncada, y contra la sucesión del señor José Lindarte. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 726

Págs.

Reivindicación. — Actos que no implican de suyo posesión.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el ordinario de Zenón Arias Galindo contra Mercedes Gaona y otros.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 732

Acción de impugnación de la legitimidad de un hijo.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de John Oscar Svendblad contra Edgard Achwartz, Blanca Soler y el menor Edwin John, sobre la paternidad de éste.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 736

Acción petitoria de resolución de un contrato de compraventa por supuesta falta de pago del precio. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Joaquín Rodríguez contra José Trinidad Roa.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 740

Acción petitoria de pago de perjuicios. — Incongruencia.—Perjuicios previstos e imprevistos.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio instaurado por Guillermo Castro Trespalacios contra la Federación Nacional de Cafeteros. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 744

Acción petitoria de resolución de un contrato de mandato, de devolución de una suma de dinero, etc.—Contrato de cambio—Comisión. Perjuicios. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Elías Jorge contra la sociedad comercial "Severino & Feoli" y el Banco de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas..... 753

Acción de exclusión de bienes de unos inventarios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el ordinario del doctor Arturo Vivas Acosta contra Adelia Maldonado y sus hijos, y contra Gabriel J. Rueda—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 759

Págs.

Acción petitoria de pago de perjuicios. — Interpretación de la demanda. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciada en el juicio ordinario instaurado por Agustín Ferreira y la señorita Elvira Avila Liévano contra Angel Ferreira C.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 762

Acción de nulidad de un contrato y reivindicación—Interdicción judicial de un demente.—No se accede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo dictada en el ordinario de Luis L. Suescún Delgado contra Víctor Manuel y María Luisa Vera. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 767

Técnica del recurso de casación—No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida en el juicio ordinario de Jorge C. Martínez y Emilio Salas Salazar contra Isaac Pulido y Evaristo Herrera de la Torre, sobre perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 775

Acción de nulidad de una escritura.—Contrademanda sobre devolución del precio de la finca vendida por aquella. — Interpretación de la demanda.—Firmas de los testigos en las escrituras públicas. — Prestaciones mutuas.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el ordinario de Salvador Franco O. contra Josefina Pinilla.—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 779

Acción petitoria de invalidez de una sentencia de filiación natural. — Causal séptima. Autos para mejor proveer. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena pronunciada en el ordinario iniciado por Enrique Carrillo M. contra Antonio José Carrillo. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 787

Condiciones potestativas.—Doctrinas francesa y chilena sobre el punto.—No hay lugar a casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario instaurado por León Isaac Talero contra el Municipio de Bogotá, sobre perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 791

Reivindicación. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio seguido por Elina Lozano contra Arnaldo y Arnulfo Ramírez.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 798

Solicitud de aclaración de una sentencia.—No hay lugar a aclarar la dictada en el juicio de Elina Lozano contra Arnaldo y Arnulfo Ramírez. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 804

Saneamiento por evicción.—Cásase la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario de Antonio Salcedo Corredor contra Francisco Salcedo Vargas.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 805

Evicción de la cosa vendida. — Qué derechos tiene el comprador evicto.—Mejoras puestas por él en la cosa evicta.—Invalídase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en la segunda instancia del juicio ordinario instaurado por Carmelina Morales contra Antonio J. Gaviria T. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 810

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación—Interpretación de la demanda. No prospera el recurso formulado contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada en el juicio ordinario entablado por Plácida Zamora de Ochoa contra Vitelma Burgos de Carrillo.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 816

Culpa y responsabilidad. — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Enrique Renneberg y otros, herederos de Nelson Renneberg, contra la Tropical Oil Company. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.. 819

Págs.

Acción de simulación de un contrato.—Apreciación de indicios.—No se invalida el fallo del Tribunal Superior de Pereira pronunciado en el juicio instaurado por el Curador **ad-lítem** de los hijos de Graciniano Granada contra éste y contra la sucesión de Raimundo Granada—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 824

Responsabilidad—Causal sexta de casación.—Soberanía de los Tribunales en la apreciación de un dictamen pericial. — Declárase que no hay lugar a casar el fallo dictado por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario iniciado por Ramón Pereira, Martín Rojas y Juan Beltrán Jaimes contra la sociedad colectiva Lequerica Hermanos, de Cartagena.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 828

Acción de nulidad absoluta de unos testamentos.—Causales de nulidad—Excepciones perentorias.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, dictada en la segunda instancia del juicio ordinario de Justino García contra Abigaíl Perdomo de Ramos, Camilo Perdomo, Laura Perdomo de García y otros.—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda..... 841

Acción de nulidad de un juicio, de reivindicación, etc.—Nulidades sustantivas y adjetivas. — Cosa juzgada en fallos sobre filiación natural.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario de Alberto Guerrero M. contra Isabel Guerrero de Bucheli, Agustín y Enrique Guerrero y otros. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 847

Fijación de la cuantía de un pleito.—Admítese el recurso de hecho contra el auto que denegó el de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, dictada en el ordinario de reivindicación seguido por la Compañía Ganadera de "El Medio, S. A.", contra Jesús Potes.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 852

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 854

Prueba de indicios.—No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira en la segunda instancia del juicio seguido por María Francisca Mejía Lema de Giraldo contra Francisco Mejía V. sobre pago del valor de una cuota herencial. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 855

Acción de nulidad de un endoso y reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán dictada en el ordinario de Carmen Dulcey de Idrobo contra Manuel José Maya y Sixto Revolledo—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 861

Acción de nulidad de una partición. — No se procede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Pereira dictada en el juicio ordinario entablado por Angel Cortés para que se declare la nulidad de la partición de los bienes de la sucesión de la señora Guadalupe de Cortés.—Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas..... 869

Acción de rendición de cuentas.—No hay lugar a casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Jorge H. Navarro contra Roberto Suárez Costa. — Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda..... 873

Acción petitoria de adquisición del dominio por prescripción extraordinaria.—No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga en la segunda instancia del juicio seguido por Carlos Sarmiento L. sobre pertenencia de la finca "Hacienda de San Carlos" — Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 883

Ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado en el juicio.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué dictada en el juicio ordinario de Isauro Valdés contra la sucesión del señor Bonifacio Luna. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 886

Acción petitoria de declaración de inexistencia de un contrato por simulación y otras. No se infirma el fallo del Tribunal Superior de Pasto, dictado en el juicio ordinario de Miguel Angel Tello contra Nicomedes Castillo y Segundo Inga. — Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda..... 891

GACETA JUDICIAL

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

(Siete Partidas: Partida 1a, Título I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LIX BOGOTA - COLOMBIA OCTUBRE-NOVIEMBRE-DICIEMBRE DE 1945 NUMEROS 2025-2026-2027 BIS

SALA DE CASACION CIVIL

CUENTAS

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

(Magistrado ponente:

Doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Por sentencia del 15 de abril de 1939 pronunciada por el juzgado civil del circuito de Santa Rosa, departamento de Antioquia, se condenó a las señoritas Genoveva y Mercedes Rojas a rendir cuenta "documentada de su administración en el contrato de arrendamiento estipulado en la escritura 298 de 24 de octubre de 1932", otorgada ante el notario del mismo circuito entre Justo P. Rojas y las mencionadas señoritas.

Las cuentas las pidió María Luisa Rojas como heredera de Justo P. Rojas y para la sucesión de éste.

Aun cuando las demandadas apelaron de este fallo, ante el tribunal desistieron expresamente del recurso. El tribunal admitió el desistimiento y en auto de 19 de agosto del año mencionado declaró ejecutoriada la providencia apelada.

Vueltos los autos al juzgado las obligadas presentaron un memorial en que dicen que rinden las cuentas y en el cual deducen a su favor un saldo de $ 330 moneda corriente; por impuestos pagados.

Corrido el traslado legal la demandante las objetó manifestando que eso no eran tales cuentas.

Las demandadas no convinieron en las objeciones. Surtióse luégo el juicio ordinario previsto en el artículo 1132 del código judicial, el cual fue fallado por el juez en sentencia del primero de julio de 1942, y por el tribunal en sentencia de 2 de septiembre de 1943, a virtud del recurso de alzada contra la decisión del juez.

Contra esta última sentencia recurrieron en casación las demandadas. Estando debidamente situado el recurso ante la Corte, se procede a decidirlo.

La sentencia del tribunal

El juez improbó las cuentas presentadas por no estar debidamente documentadas. En la parte motiva estimó que las presentadas no eran cuentas, porque cuando una sentencia ordena presentar cuenta documentada del giro de determinado negocio, la per-

sona obligada no cumple la obligación con sólo presentar una memoria sin comprobación alguna, pues es preciso que presente siquiera algunas pruebas o documentos que den crédito a sus afirmaciones.

El tribunal decidió revocar el fallo apelado y en su lugar resolvió: "No es el caso de hacer ninguna declaratoria sobre objeción a las cuentas que debieran rendir las demandadas, porque no fueron presentadas tales cuentas".

Para fundamentar esta determinación dijo que en esta oportunidad ya no puede debatirse el hecho referente a la obligación de rendir las cuentas, toda vez que esa circunstancia fue el fundamento de la sentencia en que se ordenó rendirlas.

Después, refiriéndose al memorial presentado por las demandadas a modo de cuentas, dijo textualmente:

"Aunque, como queda dicho, las señoritas Rojas se abstuvieron de rendir cuentas y se limitaron a explicar los motivos para no hacerlo, el juzgado erróneamente consideró que tal manifestación equivalía a una rendición de cuentas y ordenó dar traslado de ellas a la demandante, quien también de manera equivocada, tomó por exhibición de cuentas el memorial sobre renuencia a presentarlas, y manifestó que las objetaba. Y estas equivocaciones dieron ocasión a la tramitación del presente juicio ordinario. El señor juez en su fallo también considera como rendidas, pero no documentadas, dichas cuentas. El tribunal piensa, con base en lo que ha expuesto antes, que lo que ha ocurrido aquí ha sido sencillamente **una negativa por parte de las demandadas** al cumplimiento de una obligación de hacer, impuesta en una sentencia ejecutoriada. Porque cabe preguntar, ¿cómo pueden discutirse unas cuentas si no se conoce su activo ni su pasivo pormenorizado; si no se detallan ni especifican las correspondientes partidas sobre ingresos y egresos? ¿Cómo puede darse el nombre de cuentas a un escrito en donde el obligado a exhibirlas manifiesta que no está en la obligación de presentarlas, y que por tanto el activo monta a cero?"

El recurso de casación

El apoderado de las señoritas Genoveva y Mercedes Rojas formula contra la sentencia del tribunal seis cargos de casación. En los tres primeros se repite la misma acusación. En el cuarto y el quinto se invoca la causal segunda de casación. Y el sexto comprendido dentro de la causal primera de casación, trata de cuestión distinta de la que es objeto de los tres primeros cargos.

La demanda de casación está desprovista de técnica y más parece un alegato de instancia que impugnación ordenada y metódica de los fundamentos del fallo.

Ordenando las ideas del recurrente, la sala estudiará los cargos **cuarto** y **quinto** en donde está invocada expresamente la causal segunda, y que corresponde examinar en primer lugar.

— I —

En el desarrollo de la causal segunda, se involucran también alegaciones propias de la primera, violación de la ley sustantiva. Más atendiendo sólo a los razonamientos del recurrente pertinentes con aquella, en lo esencial ellos consisten:

Que en la segunda etapa del juicio el demandante nunca sostuvo que el demandado no hubiera rendido las cuentas. El juez de primera instancia en la sentencia declaró que improbaba las cuentas porque no estaban comprobadas. La parte actora se contenta con tal declaración, absteniéndose de apelar de ella. Sin embargo el tribunal revocó la sentencia del juez, y declaró que las cuentas no se habían rendido, con lo que hizo más grave la situación del apelante, que fue el demandado. "La parte demandante se determinó porque las cuentas deberían rendirse nuevamente, preferentemente sobre la consideración del tribunal de que no se han rendido. Entre que se rindan nuevamente y que no se rindieran, no puede determinarse libremente el juzgador de segunda instancia porque las partes no se lo pidieron, porque no era objeto de apelación, no se le sometía a su juicio".

En síntesis, quiere decir el recurrente que la sentencia del tribunal coloca a la parte demandada en situación más desfavorable que la del juez, en lo que aquél procedió indebidamente a causa de que la parte apelante fue solamente la demandada.

En el cargo quinto vuelve el recurrente a repetir el mismo concepto: "Toda la sentencia del fallador de primera instancia es lógica dadas las bases de que él parte, de que explotó la mina para concluír que las cuentas no pueden aprobarse porque no se rindieron. Esta sentencia no fue apelada por el demandante. Fue apelada únicamente por las señoritas Rojas y el tribunal al declarar que no han rendido tales cuentas, hace peor su condición, porque no tiene los mismos significados la expresión no se comprobaron las cuentas, que oquellas "no se han rendido". Quien no ha rendido cuentas, está sujeto a una acción compulsiva inmediata, a una ejecución en que se estimen los perjuicios. Cuando las cuentas no se han comprobado, el obligado a rendirlas tiene aún la oportunidad de suministrar la prueba".

Se considera:

Comparando la situación jurídica procesal que adquirió la parte demandada mediante la sentencia del juez, con las consecuencias que le acarrea la condena que le formuló el tribunal, resalta que éste incidió en una **Reformatio in pejus**, contra lo dispuesto en el artículo 494 del código judicial.

En efecto: El memorial en que las señoritas Mercedes y Genoveva Rojas dijeron rendir las cuentas a que estaban obligadas por sentencia ejecutoriada, si bien es cierto que en su mayor extensión está dirigido a alegar contra aquella obligación, consigna para terminar "la cuenta o cuentas cuya rendición nos incumbe en cumplimiento de la sentencia de fecha 15 de abril del año en curso quedan resumidas así:

„Producto de los trabajos de explotación por cuenta del arrendamiento, que como está explicado no se emprendieron ni pudieron emprenderse...$ 000.00

Diez por ciento de productos para el arrendamiento. 000.00

"Saldo que debe la parte arrendadora por razón de pago de los impuestos anuales que le correspondían para la conservación de la propiedad y posesión de la cosa arrendada y que por no haberlos pagado, tuvimos que erogarlos nosotras ..... 330.00"

El momento que siguió a la presentación del anterior memorial fue el oportuno para que el juez por sí o a solicitud de la contraparte, calificara el carácter de cuenta que la presentada como tal tuviera, a fin de fijar con certeza si el demandado había cumplido o no la sentencia dentro del término señalado, y podía considerarse ese memorial como base de una controversia de cuentas.

Bien o mal ese momento dejó pasarse. En su lugar el demandante objetó el memorial. Y el juez a solicitud del mismo demandante siguió el trámite de los traslados, y luégo abrió a prueba el juicio, con lo que se trabó el procedimiento ordinario previsto en el artículo 1132 del código judicial, cuyo objeto exclusivo es discutir la exactitud de las cuentas presentadas.

Toda esta secuela creó naturalmente una situación procesal inmodificable, en la que están comprometidas ambas partes, y que se traduce en que en el estado actual de las cosas las cuentas sean las que con esa calidad exhibieron las señoritas Rojas, pues no en vano ha podido seguirse un juicio ordinario para culminar con una declaración como la formulada por el tribunal, de que la base de discusión no existe.

Desde que el memorial de las demandadas suministra dos bases, una negativa en el debe, por recaudos, equivalente a cero, y la otra positiva en el haber, equivalente a $ 330.00; y desde que sobre estos dos datos permitióse que se iniciara la controversia, ésta obligadamente tiene que concluír en el examen de aquellas dos bases, que fueron el objeto señalado y aceptado de la litis-pendencia en el juicio ordinario.

Como el tribunal, apartándose de esas dos bases, falló una cuestión extraña, consistente en que las demandadas no habían rendido la cuenta a que estaban obligadas, siendo así que las instancias se construyeron sobre el hecho de que había una cuenta, estimada por el juez meramente sin respaldo probatorio, la sentencia recurrida que halló sin bases la discusión, debe caer por existir incongruencia entre la sujeta materia del recurso de apelación que por virtud de ella resolvióse, y lo sentenciado.

Prospera así la causal segunda invocada.

Sentencia de instancia

Para proferir ésta se considera:

Como se ha dicho dos son los hechos básicos sobre los cuales debía rodar la sentencia del tribunal; que las demandadas nada recaudaron por concepto del producto de la explotación de la parte de la mina a ellas arrendada, y que en cambio la demandante les debe la suma que aquellas apuntan por impuestos.

Ante la negativa de las demandadas, en el juicio ordinario le correspondía a la parte demandante aportar la prueba que la desvirtuara referente a las cantidades determinadas o determinables que aquellas hubieran percibido por razón de la explotación de la mina. Traída esa prueba, ya se tendrá una partida positiva para cargar en el debe de la administración, y sacar un saldo, deducidas las contrapartidas justificadas que por gastos plantearon las responsables.

En el término de prueba del juicio ordinario la parte actora allegó al proceso sendos certificados de la Casa de Moneda de Medellín acerca de las cantidades de oro procedentes de la mina de oro "Luis Bran", "La Troncal", y del Laboratorio de Fundición y Ensayes, de Escobar y Cía., acerca de las barras de oro allí fundidas, procedentes de las mismas minas.

Estos certificados por sí mismos no dan ninguna luz a ojos profanos. Empero, con base en estos certificados se produjo un dictamen pericial, el cual las demandantes hicieron ampliar en el sentido de "expresar con la separación y claridad requeridas, cuáles partidas de oro de las que mencionan en su

exposición (los peritos) fueron extraídas de los trabajos puestos en la mina "Luis Bran" por cuenta del arrendatario de las tres cuartas partes de que se habla en la escritura número 298 de 24 de octubre de 1932; cuáles fueron producidas por las arenas de que habla la misma escritura por medio de la cianuración, y cuáles produjo "Luis Bran" y cuáles "La Troncal", especificando los valores totales de cada agrupación, o sea de las cantidades de oro de **flor**, y de las de oro de arenas tratadas por el sistema de cianuración..... Y es tanto más necesario la explicación, si se toma en cuenta que la sentencia dictada en el juicio sobre rendición de cuentas se concreta a lo que se deba a la sucesión por concepto del arrendamiento de tres cuartas partes de la mina Luis Bran consignado en la escritura 298 de 24 de octubre de 1932....."

Los peritos rindieron la ampliación así:

"Para complacer a una de las partes, según petición hecha al señor Juez en memorial de 20 de mayo, nos dimos a la tarea de averiguar sobre la procedencia de algunas de las barras que figuran en los informes que nos sirvieron de base y sacamos por consecuencia que las barras que figuran allí como llevadas por los señores Pedro Vélez y Rafael A. Velásquez que son las números 616, 71, 573, 756 y 365 por un valor total de $ 1.137.54 todas pertenecientes a la mina Luis Bran, son de procedencia de oro de flor, dando por consiguiente el resultado que a continuación anotamos:

Valor de las barras de cianuración de la mina que se dice "Troncal".....$	31.616.20
Valor de las barras de cianuración de Luis Bran. . . ..$	8.881.89
Valor del oro de flor de Luis Bran.....	1.137.54"

El dictamen uniformemente rendido por los peritos principales, fue puesto, junto con la ampliación, en conocimiento de las partes, sin que la demandada le hiciese observaciones de ninguna clase.

Por la sentencia en que se obligó a las demandadas a rendir cuentas éstas debían recaer sobre lo que hubiese producido la explotación de las tres cuartas partes de la mina de oro denominada Luis Bran desde el mes de junio de 1935 hasta el día en que ellas se les exigieron.

Dicen los peritos que según los datos que pudieron recoger en los certificados allegados al expediente, el oro extraído de la mina Luis Bran vale en total $ 10.019.43.

Según el contrato que sirvió de base al juicio de cuentas las demandadas debían pagar al arrendador un diez por ciento del producido bruto que les resultara de los trabajos que establecieran. De manera que entonces la cantidad anterior, deducida por los peritos como producto de explotación de toda la mina Luis Bran, a partir del mes de junio de 1935, es la que debe servir para calcular la participación del 10 % en las tres cuartas partes de la mina.

Así se tiene:

Tres cuartas partes de $ 10.019.43.....$ 7.514.57
10 % sobre estas tres cuartas partes 751.45

Luego este diez por ciento constituye una partida acreditada imputable en el debe de la cuenta de las demandadas.

Las demandadas presentan la partida de $ 330.00 a su favor por impuestos pagados.

Aun cuando se dejaron de exhibir los documentos comprobatorios del pago del impuesto, la Corte acepta dicha partida en razón de que es evidente que tratándose de una mina el tributo es obligatorio en favor del Estado. De esta manera tuvo que causarse y pagarse. Y se acepta la cantidad expresada, porque además de que no es exagerada en su cuantía, el demandante nada arguyó contra su exactitud.

En suma hay elementos para deducir un saldo contra las demandadas equivalente a la suma de cuatrocientos veintiún pesos cuarenta y cinco centavos m. c. ($ 421.45).

Sentencia

A mérito de lo expuesto la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la república y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1° Cásase la sentencia del tribunal superior de Medellín de fecha 2 de septiembre de 1943, pronunciada en este negocio, REVOCA la sentencia del juez de primera instancia, y, en su lugar, deduce a cargo de las señoritas Mercedes y Genoveva Rojas y a favor de la sucesión de Justo P. Rojas, representada en este juicio por Luisa Rojas, la cantidad de cuatrocientos veintiún pesos cuarenta y cinco centavos m. c. ($ 421.45).

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese este fallo en la Gaceta Judicial.

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas.— Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCIONES DE NULIDAD Y DE RESTITUCION

1. Las prestaciones mutuas en la reivindicación y las restituciones recíprocas en la nulidad son complemento obligado de la acción misma y, así las cosas, perteneciendo como pertenecen de suyo a lo demandado, que las produce o lleva consigo, no requieren petición expresa o especial para que la sentencia, cuando decreta la acción, decida sobre esas que son sus consecuencias.

2. El recurso de casación no es una panacea contra todo error o defecto de las sentencias contra las cuales se interpone. Las irregularidades procesales no dan lugar a él sino cuando determinan las situaciones singulares que llegan a tanto dentro del elenco de motivos formulado taxativamente por el artículo 520 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.

Bogotá, agosto diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:
Doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 3 de mayo de 1944 que confirmó la del Juzgado Segundo Civil de ese Circuito de 17 de septiembre de 1941 en el juicio ordinario de Luis F. Mesa contra José J. Escobar y Eleázar Restrepo.

Aquél vendió a éstos lo que reza la escritura número 313 otorgada ante el Notario 4º de allí el 10 de febrero de 1939; y la demanda pide la declaración de nulidad absoluta de ese contrato y escritura y su registro, así como la de que los bienes materia de ese instrumento deben restituírlos los demandados al actor por ser éste el dueño.

Es fundamento de la acción el hallarse el vendedor en estado de demencia o locura al otorgar aquel instrumento y antes y ún después.

El Juzgado hizo las declaraciones demandadas y en lo referente a la súplica sobre entrega dijo en el numeral 4º de la parte resolutiva del fallo: "En cuanto a las restituciones que se hagan en virtud de esta sentencia, las partes se sujetarán a lo prevenido en los artículos 1746 y 962 y siguientes del Código Civil".

El abogado de ambos demandados fundó oportunamente el recurso de casación obrando en representación de ellos; pero debe advertirse que sólo el demandado Escobar interpuso el recurso.

Se abstiene expresamente de atacar la declaración de nulidad y manifiesta limitarse a lo relativo a las restituciones antedichas, en cuanto, en su concepto, la mera alusión a las disposiciones citadas deja pendientes problemas que debieron resolverse e incumplido el artículo 480 del C. J., por lo cual, invocando el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., acusa de quebranto de dicho artículo 480 y, separadamente en tres capítulos, de violación de estos artículos del C. Civil: 964 a 966, 769 y 1747.

Como ya se dijo, el reclamo surge de la deficiencia en el fallo del Tribunal, que se limitó a confirmar el del Juzgado, a pesar de que éste no reguló las restituciones recíprocas a que da lugar la nulidad judicialmente pronunciada; de manera que con su silencio impone la secuela de otro juicio que se habría evitado si en el presente se hubieran precisado aquéllas o, de no ser esto posible, se hubieran fijado las bases e indicado los datos necesarios para ello en la ejecución de la sentencia.

Se refiere principalmente a que nada dijo el fallo sobre si los demandados conservan o han perdido le presunción de buena fe del artículo 769 de esa obra, elemento de gran papel en lo tocante a pago de frutos y abono de expensas y mejoras, etc., esto es, a las reglas generales a que dicho artículo 1746 remite a los contratantes que han de volver al estado en que se hallarían si no hubieran celebrado el contrato que se anula y que son, en suma, las contenidas en los citados artículos 962 y siguientes. Limitarse el sentenciador a citarlos no es haber dicho nada si, por otra parte, no complementó la cita con la determinación siquiera de aquel elemento.

Observa que, versando la sentencia sobre contrato celebrado con un incapaz, ella ha debido determinar lo atañedero a las referidas restituciones recíprocas tal como exige esa circunstancia que, por su singularidad, determinó una disposición especial del Código, cual es el citado artículo 1747 que, restringiendo en favor del incapaz la obligación de restituír, la limita a aquello que la otra parte contratante le de-

muestre que se hizo más rico con lo que ella gastó o pagó en virtud del contrato. Discurre el recurrente sobre las varias erogaciones de esta clase hechas por los demandados y anota el vacío de la sentencia al respecto solicitando la expresa declaración correspondiente, como son entregas de dinero a Mesa, pago de letras giradas en razón del precio de la compraventa y abonos al acreedor hipotecario de la finca vendida, gravamen que asumieron los compradores según el contrato anulado. El silencio de la sentencia a estos respectos es el principal reclamo.

Se considera:

El Tribunal debió proveer al respecto. No cabe pensar que deliberadamente se abstuviese de atender a tan importantes detalles por no estar expresamente planteados en la demanda o no haber sido propuestos en reconvención y que por ello lo detuviera el temor de fallar **ultra petita,** porque las prestaciones mutuas en la reivindicación y las restituciones recíprocas en la nulidad son complemento obligado de la acción misma y, así las cosas, perteneciendo como pertenecen de suyo a lo demandado, que las produce o lleva consigo, no requieren pedimento expreso o especial para que la sentencia, cuando decreta la acción, decida sobre esas que son sus consecuencias.

Pero la mera cita de los artículos 962 y siguientes no puede significar su quebranto, sino más bien una indicación encaminada a su aplicación y cumplimiento, por más que limitarse a ella contraríe el precepto del artículo 480 del C. J.

Si el Tribunal hubiera calificado de buena o de mala la fe de los compradores, entonces sí procedería traer a cuento el citado artículo 769. En un juicio reivindicatorio, v. gr., rara vez dejan de contender actor y reo sobre este tema, empeñados el uno en conservar y el otro en destruírle la presunción de buena fe allí establecida; de suerte que la decisión que se pronuncie sobre ese preciso punto es atacable por la parte litigante que no ha logrado su pretensión Pero cuando nada se ha decidido, no hay sujeta materia para el ataque como quebranto de aquella disposición legal, A esto último se agrega en el caso presente que es el poseedor vencido quien recurre y que se trata de la aludida presunción legal.

Lo dicho basta para hallar injustificados los cargos relativos a los artículos 769 y 962 y siguientes del C. C.

A primera vista ocurre pensar del propio modo en el cargo relativo al artículo 1747 de esa obra. Pero, demorando la atención sobre éste, se halla que el Tribunal debió tener en cuenta que anulaba el contrato por haberse celebrado con un incapaz y que esta circunstancia forzaba soltar el litigio tal como manda la disposición especial que rige los de esta clase, cual es ese artículo 1747.

Con todo, esta Sala no puede llenar ese vacío. Dentro del recurso de casación ella tiene que ceñirse a lo que constituye la materia del mismo, que es lo que marca las lindes de la jurisdicción que en él tiene. Quedaría pretermitida la solución de instancia a que no proveyeron Juzgado ni Tribunal, si la dictara inicialmente ahora. Ese recurso no es una panacea contra todo error o defecto de las sentencias contra las cuales se interpone. Las irregularidades procesales no dan lugar a él sino cuando determinan las situaciones singulares que llegan a tanto dentro del elenco de motivos formulado taxativamente por el artículo 520 del C. J.

Además, si la Sala afrontara el problema, naturalmente desde luego tendría que comprender que de su estudio podría deducirse tanto una decisión favorable como una desfavorable a los compradores, según en todo o parte se les reconociera o negara la recuperación de lo que sostienen haber erogado en razón del contrato, y en el evento de solución adversa se les empeoraría desde ahora la situación judicial en que por el referido silencio han quedado al salir de las instancias y eso sucedería contra quien es recurrente único y, por ende, produciría una **reformatio in pejus,** la que legalmente no cabe ante lo que dispone el artículo 494 del C. J.

Al contemplar esa solución como posible, la Sala no expresa o anticipa concepto alguno sobre el resultado de ese estudio; por el contrario, guardándose de prejuzgar, pone de presente una contingencia, solamente para hacer ver cómo y por qué, dentro de este recurso no es posible suplir la deficiencia anotada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el tres de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Firmados),

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. pd.

DISOLUCION DE UNA SOCIEDAD

La sociedad se disuelve por la expiración del plazo que se ha prefijado para que tenga fin (artículo 2124, C. C.) Cumplida esta causa legal de disolución del contrato de compañía, que opera de pleno derecho, se produce, como efecto inmediato entre los socios, el determinado en el artículo 2141 del C. C., de proceder a la división de los objetos que componen su haber. Disuelta la sociedad, esto es, ocurrida la causa que legalmente le pone fin, se debe proceder a su liquidación, o sea, a determinar su haber partible y repartirlo entre los socios. Al disolverse la compañía se produce entre los socios una situación de hecho, una comunidad que es preciso liquidar, para lo cúal deberán tenerse en cuenta las reglas estipuladas en el contrato, y cuando nada se haya estatuído sobre el particular, las normas establecidas para la partición de los bienes hereditarios. Por tanto, son aplicables a la liquidación social las reglas legales relativas al nombramiento del partidor, a la facción de inventarios, a las formas procedimentales, a la formación y distribución de los lotes, etc.

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

(Magistrado ponente:

Doctor Hernán Salamanca).

Por medio de escritura pública número 370, otorgada ante el Notario principal del Circuito de Villavicencio el 21 de septiembre de 1937, inscrita debidamente en el Registro público, Heraclio Gutiérrez, Noé Gutiérrez y Enrique Salazar celebraron un contrato de sociedad o compañía colectiva civil con el objeto de explotar el negocio de agricultura y maderas, y se extipuló que el término de duración de la sociedad era el de treinta y nueve meses contados a partir de la fecha de la escritura de constitución. Hasta el 27 de diciembre de 1940.

En la cláusula 13 de la escritura se estipuló expresamente que si falleciere alguno de los socios, la sociedad continuaría con los herederos o representantes del socio difunto, hasta el vencimiento o expiración del plazo de duración social.

El socio Heraclio Gutiérrez a cuyo cargo estuvo la administración y el uso de la razón social, falleció el día 4 de febrero de 1939, dejando testamentariamente como único y universal heredero a Luis Iregui, quien aceptó expresamente la herencia.

Pretextando los socios Noé Gutiérrez y Enrique Salazar que Luis Iregui, heredero del socio difunto, desconoció la existencia de la sociedad y violó el contrato social, por medio de apoderado y en libelo de fecha 22 de junio de 1941, ante el Juzgado del Circuito de Villavicencio, lo demandaron como representante de la sucesión de Heraclio Gutiérrez para que con su citación y audiencia, se le condene:

"a) A proceder a la liquidación, dentro del término que usted se sirva señalar para el efecto, de la sociedad colectiva civil constituída por Heraclio Gutiérrez y mis poderdantes por escritura pública número 370 de 27 de septiembre de 1937, otorgada en la Notaría de este Circuito;

"b) A poner a disposición del liquidador que para el efecto se nombre, todos los libros y papeles de la sociedad, los cuales reposan hoy en poder del nombrado señor Iregui.

"c) A pagar a lá sociedad el lucro cesante y el daño emergente que por las infracciones del contrato se le deban;

"d) A pagar el deprecio de la maquinaria de la compañía o sociedad por el mal uso que de ella se ha hecho desde el día en que falleció Heraclio Gutiérrez hasta el día en que la sociedad se liquide;

"e) A pagar las costas del presente juicio si se hace oposición;

"f) A pagarle a los socios Noé Gutiérrez y Enrique Salazar la cantidad de mil doscientos cincuenta pesos de que trata la cláusula décima de la escritura de asociación".

Admitida la demanda, el demandado, al evacuar su traslado legal, negó la mayor parte de sus hechos fundamentales y se opuso a las pretensiones de los actores alegando que la sociedad no existió ni como sociedad de hecho porque los demandantes no hicieron aporte ninguno de capital.

Dentro de la oportunidad procedimental el demandado Iregui contrademandó a sus demandantes para que se declare en la misma sentencia que Noé Gu-

tiérrez y Enrique Salazar le deben a la herencia de Heraclio Gutiérrez, cada uno, la suma de $ 1.250 que recibieron a título de préstamo, con sus intereses legales, y que la escritura de sociedad número 370 del 27 de septiembre de 1937, no tuvo efecto real, entre otras razones, porque no se hizo el aporte de capitales estipulado. "Subsidiariamente, y para el caso de que se considere que sí tuvo existencia la sociedad de que trata dicha escritura y que, por lo mismo, debe liquidarse, "pido que en la sentencia que tal liquidación ordenare se ordene liquidar y cargar al débito de los demandantes, Noé y Enrique, todo valor, saldo, cantidad, o prestación que dichos señores salieren a deber a la sucesión de Heraclio Gutiérrez, por cualquier causa".

Tramitado legalmente el juicio, el Juzgado del Circuito lo sentenció en primera instancia el 8 de marzo de 1943, así:

"Condénase al señor Luis A. Iregui como único heredero en la sucesión de Heraclio Gutiérrez, a proceder a la liquidación de la sociedad colectiva civil de que se ha hablado en la antérior parte motiva, liquidación que debe llevar a cabo dentro del plazo de treinta días, a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

"Condénase al mismo señor Luis A. Iregui, en su condición ya dicha, a poner a disposición del liquidador que se nombre, los libros y papeles de la sociedad, que tenga en su poder dicho señor Iregui. Para la liquidación debe tenerse en cuenta lo ordenado en el artículo 2141 del C. C.

"Absuélvese al demandado Luis A. Iregui de todos los demás cargos contenidos en el escrito de demanda, con excepción de la solicitud sobre pago de costas.

"Absuélvese a los demandantes de los cargos formulados en la demanda de reconvención, menos en cuanto a lo pedido subsidiariamente. En armonía con el punto anterior (petición subsidiaria de la contrademanda), se dispone que se liquide y cargue al débito de los demandantes, todo valor, saldo, cantidad o prestación que dichos señores salieren a deber a la sucesión de Heraclio Gutiérrez, por cualquier causa. Condénase a la parte demandada a pagar las costas del juicio".

Sentencia acusada

Recurrida en apelación esta sentencia por ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que la reformó en la decisión del grado, así:

"1º — Se declara disuelta y en estado de liquidación la sociedad civil constituída en los términos que indica la escritura pública número 370 de 27 de septiembre de 1937, de la Notaría de Villavicencio.

"2º — Como consecuencia de la anterior declaración, procédase dentro del término de sesenta días a la factura de inventarios y avalúos de los bienes sociales comunes, conforme a las reglas referentes a los bienes hereditarios, y a la distribución y adjudicación de ellos o de su valor entre los demandantes Noé Gutiérrez y Enrique Salazar y el demandado Luis A. Iregui.

"3º — En esta liquidación se tendrá en cuenta lo previsto en la escritura social y las normas de derecho pertinentes.

"4º — Dentro del término que señale el señor Juez del conocimiento las partes indicadas harán el nombramiento de liquidador o partidor, y, en su defecto, lo designará el Juzgado.

"5º — El demandado señor Luis A. Iregui presentará al expresado liquidador o partidor, oportunamente, los libros y papeles de la disuelta sociedad que tenga en su poder.

"6º — No es el caso de hacer ninguna otra de las declaraciones y condenas pedidas en la demanda principal ni en la de reconvención. Las costas causadas en la acción principal serán de cargo del demandado Luis A. Iregui".

Para motivar su sentencia, enumera el Tribunal los requisitos jurídicos esenciales del contrato de sociedad y encuentra, según la escritura 370 del 27 de septiembre de 1937 y las demás pruebas aportadas al juicio, que en este caso están reunidos y adecuadamente probados. Considera el sentenciador que para el día en que la demanda de este juicio se presentó (22 de junio de 1941) ya la sociedad colectiva civil de que se trata estaba disuelta por expiración del término estipulado para su duración, los treinta y nueve meses que finalizaron el 27 de diciembre de 1940; de manera que a términos del artículo 2141 del C. C. resulta clara y fundada la acción de liquidación y partición del haber social lo mismo que al tenor de lo estipulado en el contrato social en que se dijo: "Al vencimiento del plazo estipulado, si no hubiere prórroga o en caso de disolución o liquidación de la compañía antes de la expiración del término, las maquinarias, semovientes y enseres pertenecientes a la compañía serán vendidos y repartido su producto entre los socios en la proporción indicada en la cláusula séptima".

La segunda petición de la demanda principal referente a la obligación del demandado de poner a disposición del liquidador los papeles y libros de la sociedad fue acogida como consecuencia de la declaración de disolución social y de la orden de liquidación.

Esta es la parte de motivos que tiene relación con el recurso.

El recurso

En las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. apoya el demandado el recurso de casación que oportunamente interpuso contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Acusa el fallo recurrido por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque se dejó de fallar sobre lo pedido en la demanda principal y en cambio se falló sobre puntos o acciones no deducidos en la misma. "Nada resolvió el Tribunal — dice el recurrente — sobre la cuestión planteada en la súplica primera de la demanda, o sea, sobre si la sucesión está o no obligada a proceder a la liquidación de la sociedad. Este punto se quedó sin resolver. En cambio, la demanda no contiene petición alguna encaminada a que se declare disuelta y en estado de liquidación la sociedad mencionada, y en la sentencia se declara disuelta esa sociedad sin que nadie lo haya pedido. Tampoco contiene la demanda petición alguna relacionada con la facción de inventarios y avalúos de los bienes de dicha sociedad, y en el punto segundo de la parte resolutiva del fallo se ordena que se proceda, dentro del término de sesenta días, a la facción de inventarios y avalúos de dichos bienes, etc. Tampoco se pide nada en la demanda en orden a las normas que deben tenerse en cuenta en la liquidación, ni sobre nombramiento de liquidador, ni sobre partición, y en los puntos tercero y cuarto del fallo se dispone que en la liquidación se tenga en cuenta lo previsto en la escritura social y que las partes hagan el nombramiento de liquidador o partidor, y que, en defecto, lo haga el Juez".

Se considera:

El examen e interpretación integral de la demanda en su parte petitoria como en sus hechos fundamentales, no revela en manera alguna, confrontándola con la sentencia a que dio lugar, el desconcierto que el recurrente cree advertir entre estas dos piezas esenciales del proceso. No cabe duda, a pesar de las deficiencias técnicas que pudieran anotársele al libelo inicial del litigio, que con él se ha incoado una acción de liquidación de la sociedad colectiva civil formada entre los dos demandantes y el causante del demandado, por estar ya disuelta; así se deduce, no sólo de la simple lectura de su texto sino del entendimiento que a la finalidad u objetivo del pleito le han venido dando las partes litigantes. A la petición principal de que se ordene proceder a la liquidación de la sociedad sirve, entre otros, de fundamento el hecho segundo, que dice: "El término señalado para la existencia de la sociedad o compañía fue el de treinta y nueve meses que vencieron el 27 de diciembre de 1940". El demandado, por otra parte, en ningún momento insinuó siquiera en el curso de las instancias la tesis, de sutileza incomprensible, que ahora presenta en casación, de que la demanda no ha planteado la liquidación de la sociedad sino si la sucesión de Heraclio Gutiérrez está o no obligada a proceder a esa liquidación.

La defensa del demandado Iregui ha consistido en negar la existencia misma de la sociedad, pero con el entendimiento de que la finalidad de este juicio es la liquidación de la compañía. No otra cosa puede deducirse del pasaje de su demanda de reconvención, copiado atrás, en que subisidiariamente pide, para el caso de que se concluya que la sociedad tuvo existencia legal, que en la sentencia que ordene su liquidación se incluyan algunas deudas de los demandantes.

En el alegato del demandado ante el Tribunal se lee: "La tesis sostenida por la parte demandada en todo el trámite — inclusive lo actuado en el cuaderno de Embargo Preventivo — es la de que la sociedad proyectada en la escritura número 370, no tuvo existencia sino en la literatura de ese instrumento y que, por lo mismo, es improcedente demandar su liquidación".

La sociedad se disuelve por la expiración del plazo que se ha prefijado para que tenga fin (a. 2124, C. C.) Cumplida esta causa legal de disolución del contrato de compañía, que opera de pleno derecho, se produce, como efecto inmediato entre los socios, el determinado en el artículo 2141 del C. C., de proceder a la división de los objetos que componen su haber.

Disuelta la sociedad, esto es, ocurrida la causa que legalmente le pone fin, se debe proceder a su liquidación, o sea, a determinar su haber partible y repartirlo entre los socios. Al disolverse la compañía se produce entre los socios una situación de hecho, una comunidad que es preciso liquidar, para lo cual deberán tenerse en cuenta las reglas estipuladas en el contrato, y cuando nada se haya estatuído sobre el particular, las normas establecidas para la partición de los bienes hereditarios. Por tanto, son aplicables a la liquidación social las reglas legales relativas al nombramiento del partidor, a la facción de inventarios, a las formas procedimentales, a la formación y distribución de los lotes, etc.

En estas condiciones, la parte resolutiva de la sen-

tencia, en los diversos extremos que contiene, no es más que el desarrollo en deducciones lógicas y legalmente coherentes del pedimento principal de la demanda, sin que se pueda decir que con ellas se plantea la inconsonancia que contempla el motivo de casación, por infracción de forma, que se ha alegado, pues en realidad jurídica no se ha resuelto sobre puntos ajenos a la controversia, ni se ha dejado de resolver sobre lo que fue el objeto del litigio, ni se ha condenado a más de lo pedido.

Las consideraciones hasta aquí expuestas son valederas también para no dar acogida a la acusación que formula el recurrente con los mismos razonamientos y con base en el primero de los motivos del artículo 520 del C. J. y que se hace consistir en que el Tribunal quebrantó la ley sustantiva por indebida aplicación del artículo 2141 del C. C. como consecuencia del error de hecho en que incurrió al interpretar la demanda del juicio en el sentido de que lo que en ella se pide es la liquidación de la sociedad colectiva civil.

Por lo tanto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 19 de abril de 1944, 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.

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Hernán Salamanca. — José Antonio Montalvo. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCIONES DE NULIDAD, DE RESOLUCION DE UN CONTRATO, ETC.

El hecho de no haber ordenado una sentencia la cancelación de un registro no puede motivar casación, pues no toda irregularidad procedimental es remediable en casación ni basta por sí para motivar el recurso. Además, en ese, como en el caso de autos, no se advierte irregularidad. A lo sumo sería una inadvertencia, y si lo fuera, se subsanaría fácilmente. Para esa cancelación, en su caso, se oficia al Registrador por el juzgado de origen cuando a éste vuelve el expediente. Si la sentencia lo ha ordenado, entonces no falta sino oficiar; y si no lo ha ordenado, se le pide al Juez que provea a ello, como consecuencia obligada del fallo mismo.

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

(Magistrado ponente:
Doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Eugenio y Santiago González demandaron a Damián González para que se hiciesen las declaraciones que se verán adelante. Las negó el Juzgado Sexto Civil de este Circuito en sentencia de 23 de septiembre de 1943 reformada por el Tribunal Superior en la de 13 de junio de 1944, contra la cual ambas partes interpusieron casación, recurso que hoy se decide.

Versa el litigio sobre los contratos solemnizados en las escrituras número 678 de 1º de marzo de 1939, ante el Notario Cuarto y número 1949 de 30 de julio de 1941 ante el Notario 3º, ambos de este Circuito, en las que Agustina González vendió a Damián González los inmuebles de esta ciudad alindados en ellas.

Las declaraciones demandadas son, en suma: como principal, la de que esos contratos son simulados y fingidos, no transfirieron al aparente comprador los aludidos bienes y, por tanto, éstos "no han salido realmente del patrimonio de Agustina González y de consiguiente son de propiedad de ésta o de su sucesión", y como subsidiaria, la de resolución de esos contratos por falta de pago del precio y, en subsidio de una y otra de esas acciones, la de rescisión por lesión enorme. Formula el libelo también las súplicas consecuenciales de cualquiera de esas acciones en lo relativo a cancelación de dichas escrituras y su registro y a restitución de los bienes y pago de sus frutos.

El Juez al fallar comienza por indagar la calidad con que los demandantes se presentan, si como terceros damnificados por los contratos que atacan, si como continuadores de la persona de la vendedora y en el lugar que a ella correspondería si viviese; ve que para lo primero no alegan ni demuestran nada que les diese interés jurídico y con él los invistiese de las acciones incoadas, y por esto y por el sentido de la demanda en general y principalmente por la claridad que al respecto arroja su frase aquí transcrita, reconoce que los actores obran por y para la sucesión de Agustina González, y, por lo mismo, en seguida estudia si han demostrado o no su calidad de herederos, indispensable para ejercitar su representación.

Sobre este tema dice:

"La declaratoria de herederos no figura en parte alguna fuera de que, si bien hay prueba de que Eugenio y Agustina González fueron hermanos legítimos por lo cual en sucesión intestada podría el primero ser llamado a sucederla, no hay probanza de que Santiago González Galeano tenga parentesco que lo faculte para comparecer en forma similar".

Respalda este concepto haciendo presente que si este señor en el acta de su bautismo es nombrado como hijo legítimo de Santiago González Bogotá, no está comprobada esta calidad en los autos por no haberse traído la partida de matrimonio de sus padres (los del demandante González Galeano) y agrega que por este motivo "carece de interés en el supuesto que se colocara como heredero de Agustina, título que, por otra parte, no invoca para pedir la simulación de los contratos antedichos, sea como coadyuvador de la persona de la vendedora o en calidad de heredero de la misma, como heredero defraudado por las ventas que tacha de simuladas, realizadas por Agustina".

Respecto del demandante Eugenio dice el Juez que por estar comprobado su parentesco antedicho, hermano legítimo de Agustina, podría reclamar la herencia y por tanto la declaratoria de simulación, "ya como heredero en representación de la vendedora

fallecida para que el bien vuelva al patrimonio de ella, hoy su sucesión, ya como tercero por haber sido defraudado en su herencia, punto también discutible porque los hermanos no son legitimarios"; pero ocurre — dice — "que la demanda no indica ninguna de estas calidades, ni los hechos de la misma las contienen, lo cual es indispensable".

El Juez, en la parte motiva, distingue entre Eugenio y Santiago, en atención a la mencionada diferencia entre los dos sobre prueba de su parentesco con Agustina, sin que esto impida que en la parte resolutiva niegue todas las peticiones de la demanda por hallar acreditada la falta de personería sustantiva de ambos.

Suelto así el litigio, la sentencia en su numeral segundo pronuncia condenación en costas a cargo de la parte demandante y en el tercero ordena cancelar el registro de la demanda.

El Tribunal, advirtiendo que el Juzgado hace entre los dos demandantes la mencionada distinción, sin disentir del Juez en lo atañedero a pruebas de dichos parentescos, corrige la motivación enfocándola en la falta de prueba de la calidad de herederos en que ambos se hallan, y sobre este pie, ya no habla de inepta demanda como lo hace el fallo apelado aludiendo a Santiago, sino que abarca en el concepto de ilegitimidad de la personería sustantiva a la parte actora, sin distinción entre las dos personas que la forman, y añade la declaración de quedar absuelto el demandado de todos los cargos de la demanda. Sin duda es por la discrepancia en la forma en que, como acaba de verse, se aborda el problema cardinal en las dos sentencias, coincidentes en sus restantes puntos de vista, por lo que la del Tribunal manifiesta reformar la del Juzgado, a lo que concurre también una implícita diferencia de concepto entre los dos sentenciadores de instancia sobre temeridad de los demandantes, ya que en la primera se les condenó en costas y en la segunda hubo pronunciamiento expreso sobre no haberlas en ninguna de las dos instancias.

El recurso

Según se informó ya, ambas partes son recurrentes. Separadamente deben considerarse sus respectivas acusaciones.

El abogado de los demandantes presenta como cargo único el de error de apreciación, que dice ser de derecho y también de hecho, con la circunstancia de aparecer éste de modo manifiesto en los autos, de las pruebas sobre estado civil y declaratoria de herederos, porque, en su concepto, está acreditada con ellas la personería que el Tribunal desconoce a sus representados, con lo que violó los artículos 346 y 347 del C. C., 22 de la Ley 57 de 1887, 18 de la 92 de 1938 y 593, 595, 597, 601 y 632 del C. J., y como consecuencia de todo esto, se infringieron los artículos 1008 y 1013 del C. C. y 85 de la Ley 153 de 1887.

Se considera:

Ya se dijo que el Tribunal llegó a su decisión referida, no en función o por virtud de que a los demandantes no asista el parentesco que afirman tener con la señora Agustina González, sino de que legalmente no puede reputárseles en este proceso como herederos de ella; de suerte que, siendo indispensable esta calidad para que puedan obrar por y para la sucesión, no tienen personería.

Por consiguiente, al menos desde este punto de vista, ni lugar hubo a quebrantar las disposiciones legales antedichas, en cuanto miran al valor probatorio de las actas o partidas relativas al estado civil. El Tribunal no dijo que Eugenio no tiene la calidad de hermano legítimo de Agustina, ni que Santiago no tenga la de sobrino de esta señora. Sencillamente dijo que no han demostrado tener la de herederos suyos.

Ya dictada la sentencia de primera instancia en este juicio, se inició la causa mortuoria de la señora Agustina, abierta en el Juzgado Primero Civil de este Circuito por auto de 10 de diciembre de 1943 que, además reconoce a Santiago y Eugenio González "como herederos de la causante en su condición de sobrino y hermano, respectivamente".

Para entonces el expediente del presente pleito había subido ya al Tribunal, donde cursaba la segunda instancia cuando el apoderado de los demandantes que particular o directamente había obtenido copia del citado auto de la mortuoria, la presentó solicitando se la tuviese como prueba, y el Magistrado sustanciador lo negó en auto de 2 de marzo de 1944, "porque ella (esa copia) constituye un documento público que no se allega a los autos en la forma y términos prescritos por el artículo 636 del C. J.". El abogado reclamó esa providencia, no sin hacer esta declaración: "En efecto, por equivocación, presenté dicha copia sin tener en cuenta lo preceptuado por el artículo 636 del C. J. que el señor Magistrado sensatamente ordena tener en cuenta". Y agrega: "Basado en tal precepto solicito respetuosamente reposición del citado auto en el sentido de que se oficie al señor Juez Primero Civil del Circuito para que este funcionario expida copia del auto debidamente autenticada....." En providencia de 14 del mismo marzo el Magistrado negó la reposición y, en cuanto al libramiento de despacho, se denegó tam-

bién por equivaler a una petición de prueba y estar vencido el término señalado para pedirlas (cuaderno 8º, folios 1 a 3).

Con todo, el mismo abogado acusa de error en la forma ya dicha e incluye entre las pruebas a que se refiere este cargo la copia en mención, cual si no se le hubiese cerrado su entrada al proceso por providencia que oportunamente quedó en firme.

Esta circunstancia, tan simple como decisiva, conduce a rechazar el cargo formulado por la parte demandante.

La parte demandada recurre por lo antedicho sobre costas, así: la sentencia del Juzgado pronunció condenación en su favor y la del Tribunal, diciendo reformar, no sólo dejó sin lugar a igual condenación en la segunda instancia, sino que suprimió la de la primera. Estima el recurrente que no hubo razón para decir que se reforma un fallo que, al igual del apelado, declara la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes.

Ya se vio el por qué de la reforma. Esto sería suficiente para rechazar el cargo. Además, como es sabido, en tesis general el haber o no condenado en costas una sentencia a tal o cual de las partes, no es, por sí solo, motivo para casarla.

Formula el demandado como cargo el hecho de que el fallo del Tribunal prescindió de la orden de cancelar el registro de la demanda, orden que la del juzgado sí dio.

Esta falta no puede motivar casación. No toda irregularidad procedimental es remediable en casación ni basta por sí para motivar el recurso. Además, no se advierte irregularidad por aquello. A lo sumo sería una inadvertencia, y si lo fuera, se subsanaría fácilmente. Para esa cancelación, en su caso, se oficia al Registrador por el Juzgado de origen cuando a éste vuelve el expediente. Si la sentencia lo ha ordenado, entonces no falta sino oficiar; y si no lo ha ordenado, se le pide al Juez que provea a ello, como consecuencia obligada del fallo mismo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el trece de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Firmados),

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. pd.

REIVINDICACION

En el caso de venta de una misma finca raíz a dos personas, el comprador que primero haya registrado su título será preferido al otro, de acuerdo con el artículo 1873 del Código Civil. La entrega a que ese artículo se refiere es la tradición que forma la materia del Título 6º del Libro II de ese Código.

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

(Magistrado ponente:
Doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Carlos Coronado demandó en reivindicación a la señora Tránsito Losada viuda de Coronado y su menor hija Zoila Rosa. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva, tramitada la primera instancia, la falló el 18 de noviembre de 1941 negando lo pedido, y el Tribunal Superior confirmó en la segunda esa sentencia el 7 de septiembre de 1943. Contra ésta el demandante interpuso casación, recurso que aquí se decide.

Por escritura número 572, otorgada ante el Notario Primero de Neiva el 14 de octubre de 1929, la señora Losada vendió a Lope Coronado sus derechos "por su mitad de gananciales y porción conyugal, como cónyuge sobreviviente de su finado esposo José María Coronado, en la sucesión intestada e ilíquida de éste, sobre los bienes que dejó a su fallecimiento y que son los siguientes....." Ese instrumento puntualiza tales bienes indicando la ubicación y linderos de cada inmueble e incluyendo estos accesorios: "las mejoras establecidas por el finado en los lotes mencionados, como son una arboleda de cacao, una enramada con trapiche con todos sus adherentes y casa de habitación con mobiliario". Dice la vendedora haber recibido los $ 1.000.00 del precio total de manos del comprador, "para pagar los créditos que su finado esposo tenía en su contra al morir". Sus declaraciones terminan con éstas: "Que estas fincas no las tiene en manera alguna comprometidas con ninguna otra persona o corporación y se hallan completamente libres de todo gravamen que pueda afectar su dominio. Y que responde de su calidad de cónyuge sobreviviente del finado José María Coronado, y sale al saneamiento en caso de evicción".

Por instrumento número 167, el 23 de marzo de 1937 se protocolizó en esa Notaría la causa mortuoria de José María Coronado, en la que, no habiendo figurado aquella transferencia se formó a la viuda señora Losada hijuela para cubrirle su haber de cónyuge sobreviviente con un derecho proindiviso por valor de $ 650.22½ en los $ 788.45 en que fueron avaluados los 1741 árboles de cacao frutal y los 50 árboles de café, a razón de $ 0.45 cada árbol de cacao y $ 0.10 cada árbol de café. Esta plantación se encuentra sobre un lote demarcado así: al norte, con la quebrada de Nilo; al sur, oriente y occidente, con encierro de Francisco Coronado". La ubicación es el municipio de Palermo.

Este bien, es decir, el derecho adjudicado a la señora Losada en la forma que se acaba de transcribir, es lo que se reivindica en el presente juicio.

El demandante se presenta como dueño de ese bien porque al morir Lope Coronado, su padre, Crisóstomo Coronado, heredero único, en la causa mortuoria de su hijo, que vino a protocolizarse el 20 de octubre de 1937, por instrumento número 535, en la Notaría Segunda de Neiva, relacionó entre los bienes relictos lo que Lope había adquirido de Tránsito Losada, y obtuvo decreto de posesión efectiva; y porque Crisóstomo vendió tales bienes a Carlos Coronado, hoy demandante, por escritura número 657 de 26 del mismo octubre ante dicho Notario 1º Advierte que todos estos instrumentos contienen la misma expresión de ubicación, linderos y accesorios ya mencionada al citar la primera enajenación antedicha. o sea la de la señora Losada a Lope Coronado en octubre de 1929.

El eje de la demanda es el concepto del actor de que, como dueño que hoy es de lo adquirido entonces por Lope, lo es de lo que se adjudicó a Tránsito, porque cuando a ella se hizo esta adjudicación que dio singularidad y precisión completa a lo que había vendido, por esto mismo ya no fue de ella sino de la adquirente, máxime si se recuerdan los efectos de la partición y cómo se retrotraen a la fecha de la muerte del causante.

El apoderado de la señora Tránsito contestó la demanda oponiéndose por no tener derecho alguno el actor, por ser ella la adjudicataria y porque ni la per-

sona ni la cuota de Zoila Rosa tenían por qué figurar en el juicio, no habiendo vinculación ninguna entre ella y el demandante. Esta respuesta se presentó el 12 de abril de 1940.

El 13 del subsiguiente mayo se presentó el señor Celso Noé Losada solicitando se le admitiese en la causa, de acuerdo con el artículo 233 del C. J., para oponerse a las pretensiones del demandante sobre entrega de un bien de la exclusiva propiedad de Losada por habérselo comprado a la señora Losada de Coronado en escritura número 672 de 1º de noviembre de 1937, ante el notario 1º de Neiva y por ser Losada arrendatario de la cuota de la señorita Zoila Rosa. Posteriormente presentó copia notarial registrada de esa escritura y original el documento de arrendamiento aludido.

El apoderado del demandante se opuso a la entrada de Losada al pleito, por lo cual se tramitó la articulación del caso, la que se decidió en providencia de 2 de mayo de 1941 por la cual quedó en firme la admisión de este coadyuvante de la parte demandada. Tal proveído se funda, de un lado, en que la oposición del actor arranca de razones de fondo que sólo pueden estudiarse en la sentencia definitiva, pues consisten en la prevalencia que según el opositor tiene la compra de Lope Coronado sobre la de Celso Noé Losada, y de otro lado, en que no admite duda el interés de éste en el pleito, "ya que él se pretende dueño y poseedor de unos bienes cuya restitución pretende el demandante y tenedor de otros a título de arriendo". En seguida esa providencia trae en su apoyo cita de doctrina de la Corte sobre la intervención adhesiva y su distinción entre simple y litisconsocial y agrega que ésta se produce "cuando el interviniente se halla en relación con el adversario, de tal naturaleza o en forma que la decisión del proceso tenga influencia también sobre él, como el comprador en el pleito contra el vendedor, y entonces el interviniente tiene autonomía y capacidad de litisconsorte".

El Juzgado sentenció negando las peticiones de la demanda, porque contra Zoila Rosa Coronado no hay acción del demandante, pues la cuota de ella es distinta de la de su madre y sólo a esta última cuota se encamina el pleito, y porque, en lo que hace a esta señora, es ilegítima su personería como demandada, en razón de no ser el poseedor, por su venta a Celso Noé, de quien el Juzgado observa que no figura como demandado, debiendo haberlo sido.

Como se ve, el Juzgado pasó por alto la entrada de este señor al litigio.

El Tribunal, con un voto disidente, confirmó, aunque por razones distintas, las que se resumen en no haber comprobado el demandante su calidad de dueño, porque sus títulos acreditan sólo adquisición de derechos indeterminados, sin que, por ende, haya cosa singular en su dominio.

La demanda de casación acusa de error de apreciación de los instrumentos públicos antedichos y de quebranto consecuencial de los artículos 946, 947, 949 y 950 del C. C., en relación con los artículos 779 y 785, ibidem, por una parte, y por otra, 1967, 1666 y 1934, y también el 1401, todos de esa obra, razonando así: esos instrumentos, en lo que hace a los invocados por Coronado, se vinculan entre sí en forma de constituír en su favor un título de dominio sobre la cuota determinada en la cosa singular cuya reivindicación pretende; de manera que cae el fundamento de la sentencia recurrida, la cual, en vez de negar por la supuesta falta de comprobación de dominio del actor, ha debido decretar lo demandado, siendo así que esa comprobación obra en el proceso.

El recurrente afirma aquella conexión entre sus varias escrituras para unificarlas como título, observando que el traspaso de Tránsito a Lope, si bien no contenía la fijación precisa de una cifra indicativa de sus derechos, sí determinó inequívocamente y tal como la ley manda, los bienes sobre los cuales versaba el traspaso; de suerte que cuando la partición señaló aquella cifra, lo condicional que había habido inicialmente desapareció y a la determinación originaria de los bienes se agregó para complementarla la de la citada expresión numérica; y agrega que, aunque esa consideración bastaría para reconocer que Carlos Coronado, como dueño de lo que adquirió Lope de Tránsito, lo es de lo que a ésta se adjudicó, es de tenerse en cuenta que la partición se retrotrae en sus efectos al momento de la muerte del causante, lo que hace ver que, así las cosas, esa adjudicación a la señora Tránsito debe reputarse hecha a Lope o al dueño actual de lo que éste adquirió de ella desde antes de la partición.

En otras palabras y compendiadamente: Lope adquirió los derechos de Tránsito en cada uno de los bienes determinados en la escritura de 1929, y la partición de 1937 radicó esos derechos en el bien de que hoy se trata, y por reputarse legalmente que esto se remonta a la muerte del causante, ha de reconocerse que el demandante como adquirente de lo que compró Lope, es el dueño de lo que se adjudicó a la tradente señora de Losada.

La Sala encuentra justificados en ley estos razonamientos. El traspaso mencionado de 1929 versó sobre cada uno de los bienes entonces determinados como cosas en que en uno o más de ellos radicarían los derechos de la señora tradente, y, así las cosas, al precisar la partición tal radicación en uno de ellos,

la transferencia se complementó en forma tal que constituye como su objeto una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, sin que válidamente pueda decirse que no se ha producido ese resultado por la sola circunstancia de que tales hechos no se produjesen de una vez y no consten en un solo instrumento. Este detalle de forma no obsta en ley a la unidad del título o, por mejor decir, a que en favor de Coronado exista un título de las calidades antedichas.

En la forma sobre la cual se ha llamado aquí repetidamente la atención, hizo la señora su mencionada transferencia de ciertos derechos en ciertos y determinados bienes; lo que de éstos señaló al respecto la partición y que por virtud del artículo 1401 ha de reputarse adjudicado desde la muerte de su marido, quedó siendo del adquirente en fuerza de esta misma disposición, tan acorde con el artículo 779 también citado; y para, por contraste, traer más claridad acerca de este fenómeno, conviene recordar que, si ese adquirente en aquel traspaso pretendiera derecho a cualquiera de los demás bienes alindados en la referida escritura, su pretensión sería atacada por la consideración de serle ajenos, en razón de no haber sido adjudicados a su tradente.

Y si en el caso de venta de cosa ajena, según el artículo 1875 del C. C. la adquisición ulterior por el vendedor hace ver al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición que de lo ajeno aquél le hizo, ¿cómo pensar que Coronado no lo es de lo que a la tradente señora Losada se ajudicó en 1937, siendo así que, a mayor abundamiento, esta adjudicación se reputa retrotraída a la fecha de la muerte de José María Coronado, anterior, como sobra decirlo, a la del traspaso hecho por su viuda?

Lo dicho hasta aquí conduce a reconocer que la acción incoada asiste al actor y que al negársela el Tribunal quebrantó varias de las disposiciones legales sustantivas de cuya violación se le acusa, entre ellas ante todo los artículos 946, 949 y 950 del C. C.

Prosperando, pues el recurso y rota, por ende, la sentencia recurrida, debe dictarse la que la reemplace (C. J., artículo 538), para cuya motivación a lo pertinente de las anteriores consideraciones se agregan éstas:

Por obra de la doble venta hecha por la señora Tránsito, a Lope Coronado primero y a Celso Noé Losada después, se trata del caso contemplado y regulado por el artículo 1873 del C. C., conforme al cual prefiere Lope, hoy el demandante como sucesor en su adquisición, porque de los dos compradores, "aquel a quien se haya hecho primero (la entrega) será preferido", y la escritura de venta a Lope fue inscrita en el registro mucho antes que la de Celso Noé. Sabido es que la entrega a que se refiere este artículo 1875 es la tradición que forma la materia del Título 6º del Libro II de ese Código.

El señor Losada tendrá contra su vendedora las acciones y reclamos a que en favor del comprador y a cargo de su vendedor atiende la ley para situaciones como la que resulta del presente fallo; pero sobra decir que de asistirle ese recurso no puede deducirse nada que impida la solución que respecto de lo que él compró ha de pronunciarse ahora.

Losada espontáneamente solicitó e insistentemente sostuvo su ingreso al pleito en calidad de coadyuvante de la parte demandada, invocando él para pedir y aduciendo el Juez para concederle esa entrada, entre otros hechos y razones, el alcance que contra Losada tendría el fallo que aquí se dictara. Así asumió esa calidad de demandado, en la cual nombró abogado y después manifestó que gestionaría por sí mismo. Contra esta situación legal así producida, no puede valer para destruírla o desconocerla, la circunstancia de no haberse dirigido inicialmente la acción contra él ni, por tanto, figurar su nombre en el libelo de demanda.

Como condensación de todo lo antedicho se tiene: un demandante que ha demostrado ser dueño de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular y un demandado que la posee. Esto significa que debe decretarse a cargo de Celso Noé Losada la restitución a Carlos Coronado de lo que forma la materia del pleito.

Como accesorio de la cosa misma reivindicada vienen sus frutos y la condena a pagarlos que debe pronunciarse contra el poseedor vencido. A éste en principio lo ampara la presunción de buena fe que aquí no se ha destruído, y en tal caso, el pago de frutos data de la contestación de la demanda. Cuando ésta se notificó a la señora Tránsito, ya ella no era poseedor. Lo era su comprador Losada, quien en firme vino a quedar siendo parte como demandado al dictarse la citada providencia de 2 de mayo de 1941, notificada el 6 de los mismos. Por analogía, ha de tomarse esta fecha como inicial de esta prestación.

La señorita Zoila Rosa Coronado Losada no tiene por qué responder de la acción ejercitada aquí ni de sus consecuencias, por la decisiva razón de que la cuota de ella en el aludido bien es distinta de la adjudicada a la señora Tránsito, que es lo que forma, repítese, la sujeta materia del pleito.

Cuanto a la señora Tránsito, es de reconocerse que, por no ser poseedora de lo que aquí se discute y haber dejado de serlo desde que lo vendió a Celso Noé Losada en fecha anterior a la demanda, no es la persona señalada para responder de la acción reivindicatoria, lo que no significa prejuzgamiento al-

gunc en su favor respecto de su responsabilidad para ante éste su comprador Losada, a que ya aquí se ha aludido.

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 siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres y, revocando la del Juzgado 2º Civil de ese Circuito de diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, falla este pleito así:

1º Condénase a Celso Noé Losada a entregar a Carlos Coronado dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, lo demandado en este pleito, a saber: lo que se adjudicó a la señora Tránsito Losada viuda de Coronado en la causa mortuoria del señor José María Coronado, que es un derecho proindiviso de seiscientos cincuenta pesos veintidós y medio centavos ($ 650.22½) sobre un avalúo de setencientos ochenta y ocho pesos cuarenta y cinco centavos ($ 788.45) que se dio en dicha mortuoria a mil setencientos cuarenta y un (1.741) árboles de cacao frutal y cincuenta (50) árboles de café que se encuentran sobre un lote de terreno ubicado en el municipio de Palermo y demarcado: al norte, con la quebrada de Nilo; al sur, oriente y occidente, con encierro de Francisco Coronado.

2º El mismo Losada pagará al mismo Coronado los frutos de ese bien a partir del seis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en calidad de poseedor de buena fe y de conformidad con el artículo 964 del C. Civil. El valor de esta prestación se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

3º Absuélvese a Tránsito Losada viuda de Coronado y a Zoila Rosa Coronado Losada de los cargos de la demanda .

4º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Firmados),

Arturo Tapias Pilonieta .— Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. ppdd.

VENTA DE DERECHOS HEREDITARIOS

1.—La enajenación de derechos en una herencia o sociedad conyugal ilíquida, no es venta de cuerpo cierto. Tales derechos son bienes incorporales, que no cambian su naturaleza porque se vinculen a determinado bien; esa vinculación no pasa de ser una espectativa, cuya transmisión en nada afecta la propiedad del bien, que sí es de la herencia continua perteneciendo a ella, como antes. El cesionario adquirirá la propiedad singular y corporal siempre que en la partición se le adjudique total o parcialmente el cuerpo cierto de que se trata. De consiguiente, esa clase de enajenaciones no constituyen títulos traslaticios del dominio de bienes raíces.

2.—El artículo 1759 del C. C. establece que las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento público hacen plena prueba respecto de los otorgantes. Y aun cuando esto no quiere decir que los otorgantes carezcan del derecho de contraprobar contra lo expresado en una escritura el artículo 91 de la ley 153 de 1887 se opone a la admisión de la prueba de testigos en cuanto adicione o altere lo que se expresa en el acto o contrato, salvo la excepción establecida en el artículo 93, de la existencia de un principio de prueba por escrito, emanado del demandado y que haga verosímil el hecho litigioso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Está sometida a recurso de casación la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Judicial de Santa Rosa en el juicio ordinario promovido por la señora Betulia M. v. de Pinzón contra la sucesión del señor José Antonio Pinzón M., representada por sus hijos menores de edad llamados Elvira y Mercedes Pinzón Díaz, debidamente representados por su madre legítima Aurelia Díaz, en ejercicio de la patria potestad, y contra la señorita Betulia Pinzón M. y el señor José Agustín Pinzón.

Ese juicio lo falló en primera instancia el juzgado primero civil del circuito de Sogamoso, cuya sentencia revocó el tribunal para en su lugar absolver a los demandados.

Esta sentencia del Tribunal debe casarse debido a que su fundamento básico descansa en que halló incumplido el contrato de compra-venta, materia de la resolución demandada, por parte de la vendedora, por no haber ésta hecho entrega material de lo vendido, que fueron derechos y acciones provenientes de una sociedad conyugal disuelta por muerte del marido, y derechos hereditarios, equivalentes a la quinta parte de la herencia, en otra sucesión ilíquida.

El recurrente invoca como violados, al exigir el Tribunal tal entrega material, en forma directa los artículos 1880 y 1882 del código civil, y consecuencialmente los artículos 1546, 1609, 1929 y 1930 de la misma obra.

Como la Sala encuentra fundado el cargo habrá de dictar sentencia de instancia, previo el estudio correspondiente al punto de casación.

La violación de la Ley en la sentencia del Tribunal

La acción se inició con base en la escritura pública número 95 de 1º de febrero de 1939, otorgada ante el notario primero del círculo de Sogamoso en virtud de la cual la demandante dio en venta a Betulia Pinzón Moreno, José Antonio Pinzón y José Miguel Pinzón los derechos y acciones que con el carácter de ganancia les corresponden en la sociedad conyugal que tuvo con su marido José del Carmen Pinzón, ya fallecido, vinculados a las fincas que la escritura determina, equivalentes tales derechos a la mitad de éstas, y los derechos y acciones que por herencia de su hija Escilda Pinzón le puedan corresponder a ésta en la sucesión de su padre José del Carmen Pinzón, equivalentes esos derechos a la quinta parte de la mencionada herencia.

El precio de la enajenación fue de $ 2.000 fijando en $ 1.800 el de los gananciales y $ 200 el de los derechos hereditarios. La vendedora declaró haber recibido estos precios en la siguiente forma: $ 1.100 que había ya recibido de los compradores en diferentes partidas y $ 900 que recibió de los mismos ante el notario.

La demandante intenta la acción de resolución del contrato por falta total de pago del precio, con la pretensión de que se declare que ella no está obligada a restituir a los demandados ninguna suma de dinero, pues contra lo expresado en la escritura, no es cierto que ella hubiera recibido el precio, el cual continúan debiéndole aquéllos.

En el término de prueba del juicio la demandante absolvió posiciones. A una pregunta que se le hizo referente a que desde que se firmó el contrato se desprendió ella definitivamente y en favor de los tres compradores de los derechos y acciones que les vendió y nunca les hizo reclamo ninguno en relación con dicho contrato, contestó: "No es cierto. Yo siempre daba en compañía el terreno a fin de recoger sus frutos para el sostenimiento de la casa".

De esta respuesta tomó pie el Tribunal para decir "que la señora demandante no se desprendió definitivamente en favor de los tres compradores de los derechos y acciones vendidos por medio de la escritura número 95, siendo que ella daba en compañía el terreno a fin de recoger sus frutos para el sostenimiento de la casa".

"Por el texto de la escritura citada, dice en otros párrafos el tribunal, las obligaciones de los contratantes en esta clase de contratos sinalagmáticos han debido llevarse a término en forma simultánea... La señora Betulia Moreno v. de Pinzón inició la acción de resolución del contrato como consecuencia del incumplimiento de los compradores en sus obligaciones, pero, ella misma lo incumplió no entregando los inmuebles en los cuales se encuentran vinculados los derechos y acciones vendidos por cuyo motivo no procede la acción de resolución del contrato, comoquiera que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla, o no se allane a cumplir en la forma y tiempo debidos".

Con este razonamiento llegó el Tribunal a la conclusión de que la acción hállase enervada por la **exceptio non adimpleti contractus.**

La Sala considera:

La enajenación de derechos en una herencia o sociedad conyugal ilíquida, no es venta de cuerpo cierto. Tales derechos son bienes incorporales, que no cambian su naturaleza porque se vinculen a determinado bien; esa vinculación no pasa de ser una espectativa, cuya transmisión en nada afecta la propiedad del bien, que sí es de la herencia continua perteneciendo a ella, como antes. El cesionario adquirirá la propiedad singular y corporal siempre que en la partición se le adjudique total o parcialmente el cuerpo cierto de que se trata.

De consiguiente, esa clase de enajenaciones no constituyen títulos traslaticios del dominio de bienes raíces.

Por eso es tan acertada la siguiente doctrina que el Tribunal de Cundinamarca desarrolla de manera admirable sobre el alcance de la venta de derechos herenciales vinculados a cuerpo cierto, en auto de 30 de septiembre de 1931, publicado en la revista Justicia, tomo 2º, página 122;

"La venta especial de derechos hereditarios o sucesorales, o de una cuota de ellos, tiene por objeto los derechos inherentes a la calidad de heredero, el derecho de suceder al difunto en la universalidad de sus bienes o en una cuota o parte determinada de una cuota de esta universalidad, por ejemplo, en un quinto o en la mitad de un quinto. Como esta universalidad está formada por la agrupación o conjunto de los bienes relictos y el derecho de suceder del heredero, tiene por objeto todos y cada uno de estos bienes, puede transmitir los derechos anexos a su título y calidad en cuanto se refieren a determinado bien de ese conjunto o agrupación. El objeto de la transferencia son entonces los derechos inherentes a la calidad de heredero, pero referidos o limitados a una sola de las varias cosas que son objeto de esos derechos. La cantidad transmitida no es entonces ni todos los derechos del heredero, ni una cuota, esto es, porción fija y determinada o determinable de la totalidad de esos derechos, sino una parte, esto es, una porción indeterminada de esos derechos, indeterminada en su relación o proporcionalidad con la totalidad de ellos, pero determinada en cuanto al objeto. Por consiguiente, la cesión de derechos hereditarios referidos a un objeto de sucesión especialmente determinado, no es cesión o venta de cuerpo cierto, o sea, transmisión del derecho de dominio sobre la especie, ni cesión de una cuota del derecho del heredero, sino cesión de una parte de los derechos del heredero, cesión que como se ha visto, es válida".

Como consecuencia, no habiendo perdido la venta que consta en la escritura 95 su naturaleza y esencia de enajenación de derechos incorporales, la entrega o tradición por parte de la vendedora tuvo perfecto cumplimiento con el solo registro de la escritura en el libro número 2º. Y el Tribunal de segunda instancia al exigir en el fallo recurrido la entrega material de las fincas, como requisito esencial en orden al ejercicio de la acción resolutoria instaurada, exigió un imposible jurídico, con lo cual violó las disposiciones invocadas por el recurrente.

Quebrada la sentencia del Tribunal, procede a dictar la Corte lo que corresponde en instancia.

Sentencia de instancia

En los hechos de la demanda afirma el demandante que convenida la venta con sus tres hijos ellos dijeron que le daban la cantidad de $ 900 en presencia del notario y que en cuanto al resto del dinero le dijera al mismo notario que se lo habían pagado ya en varios contados. Por haberse hecho así aparece la declaración en la escritura de que la vendedora ya había recibido $ 1.100 con anterioridad en diferentes partidas. (Hecho 4º).

"QUINTO.—Los novecientos pesos de que habla la escritura me los dio mi hija Betulia Pinzón, quien los sacó de la Caja de Ahorros del Círculo de Obreros, dinero que era de su propiedad exclusiva. Yo recibí ese dinero y después de que salió de mi casa el Notario, mi misma hija Betulia Pinzón me recibió los novecientos pesos y los guardó. Como los señores José Antonio y José Miguel Pinzón no contribuyeron al pago del precio fijado, mi citada hija se negó a pagarme la cuota que le correspondía como precio".

"SEXTO.—Transcurrió el tiempo hasta que la muerte sorprendió a mi hijo José Antonio Pinzón sin que los referidos compradores hubieran cumplido la obligación de pagarme el precio de las fincas, el que me siguen debiendo, tanto los compradores que existen como la sucesión del hijo muerto".

"OCTAVO.—Antes de morir mi citado José Antonio Pinzón les manifesté a los tres compradores que como no podían pagarme el precio de las fincas que resolviéramos el contrato y canceláramos la escritura y que en caso de que quedara algo a mi fallecimiento se lo repartieran entre todos mis herederos y todos a una aceptaron. La muerte de José Antonio Pinzón, impidió el perfeccionamiento de la resolución del referido contrato y como con las menores herederas de dicho señor no se puede hacer ninguna transacción, hallo justificado este medio legal para que el señor juez declare ineficaz la situación jurídica que impugno para que las cosas vuelvan al estado de verdad y justicia que les corresponde".

Los demandados Betulia y José Miguel convinieron en la admisión y en sus hechos fundamentales. De manera que la oposición se concretó únicamente a los herederos de José Antonio.

El Tribunal no obstante esta circunstancia negó la acción inclusive contra los dos demandados que la aceptaron, por aplicación de la segunda parte del artículo 494 del código judicial.

La acción resolutoria en cuanto fue dirigida contra el contratante José Antonio, representado por sus herederos, no es viable por las siguientes razones de fondo:

1º La acción se funda como se ha visto en la falta de pago del precio estipulado. En la escritura expresa categóricamente la vendedora que el precio lo recibió, una parte por habérsele entregado antes del contrato, y otra parte en el momento del contrato ante el notario.

2º El artículo 1759 establece que las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento público hacen plena prueba respecto de los otorgantes. Y aun cuando esto no quiere decir que los otorgantes carezcan del derecho de contraprobar contra lo expresado en una escritura, el artículo 91 de la ley 153 de 1887, se opone a la admisión de la prueba de testigos en cuanto adicione o **altere** lo que se expresa en el acto o contrato, salvo la excepción establecida en el artículo 93, de la existencia de un principio de prueba por escrito, emanado del demandado y que haga verosímil el hecho litigioso.

3º La demandante, con varias declaraciones de testigos y otra prueba literal, no emanada del demandado José Antonio, pretende alterar las declaraciones que hizo en la escritura, de haber recibido el precio de la compra-venta. Las declaraciones son las enumeradas por el Tribunal en la sentencia: de Alberto Salamanca, Juan M. Hurtado, Mercedes Sierra, Juan Vega, Concha Ripe Bárinas, Bárbara Joya y Félix Joya; algunos de éstos declarantes como Salamanca y Hurtado, presentes en el momento del otorgamiento de la escritura refieren que el dinero que en ese momento recibió la vendedora, lo devolvió el mismo día a la compradora Betulia Pinzón quien se lo había entregado; los otros declarantes y también Salamanca se refieren a declaraciones que le oye-

ron a José Antonio de no haber pagado el precio, o a reclamos que delante de ellos le hiciera la vendedora a los compradores, de que le pagaran ese precio. Existen además sendos certificados provenientes de la Caja Colombiana de Ahorros y de la Caja de Ahorros del Círculo de Obreros de Sogamoso, aquél referente a que la señorita Betulia Pinzón retiró el primero de febrero de 1939, fecha de la escritura, la suma de $ 100, y el segundo para hacer constar que en la misma fecha la señora Betulia Moreno de Pinzón tenía consignados $ 84, más $ 100 que consignó el 2 de febrero, y la señorita Betulia Pinzón tenía el primero de febrero $ 620. Estos certificados pretenden relacionarse con las declaraciones de Nicasia Sandoval, Sor Nicasia, religiosa del Asilo de los Pobres, y Teresa Ferro, la primera de las cuales ocupaba el cargo de Cajera de la Caja de Ahorros del Círculo de Obreros de Sogamoso, y la segunda, también religiosa, el de ayudante de la Cajera, quienes dan cuenta de que en las primeras horas de la mañana del primero de febrero, fecha de la escritura, Betulia Pinzón se les presentó a rogarles que le permitieran retirar el dinero que tanto ella como Betulia Moreno tenían en consignación, sumas que devolverían el mismo día; y plegándose la Cajera a ese pedimento, Betulia retiró el dinero, sin ninguna formalidad, habiéndolo devuelto a la Caja pocas horas después.

4º Ninguno de los elementos probatorios precedentes es hábil en orden a desvirtuar el recibo del precio contenido en la escritura:

a) No los certificados, porque no provienen del deudor;

b) Tampoco las declaraciones en calidad de tales, pues su admisión está vedada al tenor del artículo 91 de la ley 153 de 1887; y

c) Menos los testimonios que versan sobre lo que le oyeron decir a José Antonio, de que no había pagado el precio a la vendedora, pues aún en la hipótesis de que pudieran admitirse tales testimonios como prueba de una confesión extrajudicial, según los artículos 604 y 608 del código judicial, en el presente caso ella sería igualmente inadmisible por reposar su comprobación en el dicho de testigos. Esta Sala en fallo reciente del 14 de los corrientes dictada en el juicio de Joaquín Correa contra la sociedad conyugal ilíquida de Tulio Moreno y María Montoya de Moreno, expresó lo siguiente:

"Pero aunque sea dable probar por medio de testigos una confesión extrajudicial; y no obstante que el juez tiene el poder de decidir si ella se ha establecido sin lugar a duda así como también el de apreciar el valor de la confesión hasta atribuírle mérito de plena prueba, considera la Corte que cuando la confesión extrajudicial no se ha producido delante de la parte contraria y sólo resulta probada por medio de testigos, ella no es prueba apta si se trata de obligaciones para demostrar la existencia de las cuales la ley no admite prueba testifical, pues lo contrario equivaldría a aceptar que puede eludirse la prohibición contenida en los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la ley 153 de 1887".

"El artículo 605 del Código Judicial pone como requisito la validez de la confesión el de "que la ley no exija para el caso otro medio de prueba".

"La confesión hecha extrajuicio tiene en principio tan sólo el valor de prueba deficiente o incompleta, tanto en materia penal como en la civil. Pero en aquella es más aceptable como prueba porque la investigación criminal busca la verdad intrínseca o trascendental ("la verdad verdadera" que dicen los italianos), y el dicho del acusado es el de un testigo —a veces el mejor— y a quien más crédito podrá darse mientras más desprevenidamente declare. Por otra parte, en materia penal es necesario establecer la ecuación entre el dicho del procesado y la verdad de los hechos, pues se trata de derechos no enajenables a voluntad de aquél".

"En cambio en materia civil la confesión tiene un valor esencial diferente pues aun cuando sea acto unilateral, implica una especie de convenio o acuerdo entre el confesante y su contraparte, es así como un acto de disposición del derecho sobre el cual recae".

"Por eso es lógico que cuando la ley excluye la prueba oral para la demostración de ciertos hechos u obligaciones, deba entenderse excluída también la confesión establecida sólo con prueba oral. Si la ley exige prueba literal, la confesión que reemplace a ésta tendrá que estar revestida también de la forma literal por motivos que al decir de algún expositor más son jurídicos que probatorios".

Queda por ver lo relacionado con la acción resolutoria dirigida contra los otros dos compradores de los derechos de Betulia Moreno de Pinzón.

Estos aceptaron la acción y pidieron que el juicio se resolviera de conformidad con las peticiones de la demanda. El juez de primera instancia así lo resolvió; decretó la resolución de la compra-

venta en lo que dice relación a las cuotas que le corresponden a José Miguel y Betulia Pinzón, y absolvió al otro demandado. Ni José Miguel ni Betulia apelaron del fallo del juez. No obstante el Tribunal, apoyándose en el artículo 494 del código judicial, absolvió a los tres demandados.

El mencionado precepto no autorizaba la reforma hecha por el Tribunal a la decisión del juez. Ninguna desarmonía existe en que la venta subsista en relación con uno de los vendedores y se resuelva para otros. El objeto de la enajenación es divisible y de hecho se dividió en tres partes, siendo tres los compradores de los derechos vendidos por la señora Betulia Moreno de Pinzón. Así que no hay incompatibilidad en que subsista la adquisición de la cuota que le quepa a José Antonio.

Tampoco repugna la resolución parcial basada en el consentimiento que le dieron dos de los demandados. La aceptación que ellos diéronle al derecho invocado por la actora, no trasciende a la otra parte demandada, ni por el hecho de que ésta se haya opuesto a la acción, deja esa aceptación de producir sus naturales efectos contra sus autores. Además ningún problema de indivisibilidad se interpone que impida la parcelación del decreto de resolución.

Anulada la sentencia del Tribunal debe confirmarse la del juez.

Sentencia

Por lo expuesto la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia administrando ésta en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Santa Rosa, y en su lugar confirma la que profirió el juez de primera instancia con fecha primero de diciembre de 1942.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la Gaceta Judicial.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION

1.—En habiendo descendientes legítimos, para el caso de faltar ascendiente, la ley finge que el ascendiente premuerto, indigno o desheredado o que ha repudiado, no falta, porque su puesto, hasta con el mismo grado de parentesco con el difunto, automáticamente se llena con la descendencia legítima, a la cual confiere este derecho por sí misma, por ser descendencia legítima, no por herencia del ascendiente, sobre lo cual este concepto queda muy aclarado al citar por contraste el derecho de trasmisión reglamentado por el artículo 1014, cuyo ejercicio requiere la aceptación de la herencia del transmisor, como es lo lógico, porque la transmisión se establece en favor de los herederos del asignatario que fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido.

2.—El artículo 805 del C. C. prohibe establecer dos o más fideicomisos sucesivos. Si se mirara exclusivamente a esta prohibición, habría de deducirse la nulidad de un acto que la desoyese; pero agrega en su inciso 2º: "Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la espectativa de los otros". Así, pues, no es la nulidad la consecuencia de tal infracción, sino la muy distinta que la misma disposición legal establece.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La familia Cuervo Pérez —señores Vicente, Jorge, Luis Augusto y Alfonso y señoras Emilia de Vengoechea, Inés de Baraya, Leonor de Collins y María Antonia de Yépez— por medio de apoderado presentó el 21 de abril de 1942 demanda ordinaria contra la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias S. A., domiciliada en Bogotá y contra el doctor Antonio María Aguirre Meléndez, quien confirió su poder al doctor Hernando Villa, representante, además, de esa Compañía como su gerente.

Los demandantes se presentan en su calidad de hijos legítimos y herederos de la señora Inés Pérez de Cuervo Márquez, hija legítima de la señora Inés Pérez de Pérez y piden se declare en la sentencia que las cinco estancias de tierra ubicadas en Cúcuta, región de San José o Las Animas, en Caño González, cuyos linderos expone, pertenecen a la herencia de Milán, Julián, Francisco, María de la O. e Inés Pérez y que estas sucesiones tienen mejor derecho que los demandados a ese inmueble total.

Contestaron éstos oponiéndose y contrademandando a fin de que se declare que ellos son, en común, dueños de esas estancias que forman el extenso terreno conocido hoy con el nombre de Las Animas, por habérseles adjudicado en la mortuoria de José Silverio e Hipólito Antonio Pérez como cesionarios de su heredera Amelia Pérez Jimeno, y que los demandantes carecen de derecho para reclamar ese inmueble; piden también en la reconvención se les condene a pagar a los contrademandantes los $ 50.000 en que estiman los perjuicios que los demandantes les han causado con la demanda retirando aquel bien del comercio e impidiéndoles venderlo, partirlo e hipotecarlo.

Cursó el juicio doble en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, donde se decidió el 18 de diciembre de 1943 negando las peticiones de demanda y contrademanda, sin costas.

Ambas parte apelaron. El Tribunal Superior, previos los trámites de ley, en sentencia de 18 de octubre de 1944 revocó la del Juez e hizo las declaraciones pedidas en su demanda principal por los Cuervo Pérez y negó las súplicas de la contrademanda.

Contra el fallo de la segunda instancia los demandados interpusieron casación, recurso que hoy se decide.

Lo interpuso el doctor Villa, representante, como ya se dijo, de ambos demandados; pero en la Corte, sin sustituir el poder de Aguirre Meléndez, lo confirió en su calidad de gerente mencio-

nado a abogado que lo sustituyó en el que en su oportunidad fundó el recurso. No lo fundó, pues, el doctor Aguirre. La circunstancia de no prosperar, por las razones que se verán en seguida, evita la presentación del problema que se suscitaría si el recurso se declarara desierto para este recurrente, declaración que, así las cosas, sería inoficiosa.

El Tribunal llega a su referida decisión por un análisis de los hechos y de los títulos y actas de estado civil aducidos, del que deduce las mismas conclusiones formuladas como base de sus súplicas por los demandantes en el libelo inicial, que en suma son: las mencionadas instancias, adjudicadas como realengas al señor José Silverio Pérez en 1804, las donó el señor Hipólito A. Pérez como su heredero único, en 1862, a sus sobrinos Milán, Julián, Francisco, María de la O. e Inés Pérez en común, en proporción de séptimas partes, dos para cada una de éstas y una para cada uno de aquéllos. Por transmisión sucesoral y por actos entre vivos, los derechos de todos ellos se juntaron en la donataria Inés, a cuya muerte pasaron a su hija Inés Pérez Pérez, de cuyo matrimonio con el doctor Luis Cuervo Márquez nacieron los hijos que incoaron el presente pleito. La posesión material ha estado desde 1862 en manos, sucesivamente, de estas personas.

En 1939 el doctor Aguirre Meléndez compró a Amelia Pérez Jimeno los derechos que ella dijo tener en las sucesiones de los prenombrados Silverio e Hipólito Pérez, como hija de éste; y el cesionario, reservándose para sí una parte, cedió el resto a la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias y, junto con ésta, siguió conjuntamente la causa mortuoria de Silverio e Hipólito, en la que los interesados relacionaron el inmueble total supradicho y se lo adjudicaron en común en 1941.

En el conflicto de títulos de cada una de las partes litigantes, el Tribunal dio prevalencia a los de los actores, entre otras razones por la decisiva de que los demandados no han demostrado sino esta adjudicación, la que por sí sola no acredita dominio, sobre el cual debieron comprobar el de los causantes y su vigencia. Y si la falta de esta comprobación bastaría, se agrega que de autos aparece que desde 1862 ese dominio pasó a manos distintas.

El recurso.

Varios cargos formula el recurrente. En primer lugar el de confusión entre la acción reivindicatoria y la de petición de herencia, acerca de lo cual dice que, siendo ésta la ejercitada por los demandantes, es aquélla la decretada por el Tribunal, con quebranto de lo que disponen los artículos 946, 948, 1321 y 673 del C. C.

Se considera: es verdad que ambas partes están acordes en que Silverio Pérez adquirió por la citada adjudicación de 1804 lo que hoy discuten, así como en que ello pasó a su hijo Hipólito, su heredero. Pero este acuerdo no implica que la contienda verse sobre quién es el verdadero heredero de cada uno de ellos, que sería lo que constituiría, en su caso, la acción de petición de herencia. Los Cuervo Pérez no piden que se declare que, por ser ellos los herederos verdaderos de Silverio e Hipólito, deben los demandados entregarles los bienes herenciales de esos causantes, ocupados por los demandados como herederos putativos. Yendo hacia atrás, se encuentra efectivamente la adjudicación de 1804; pero, sin lugar a remontarse hasta entonces, se llega a la donación de 1862, momento en que, ante las opuestas pretensiones de los contendores en este juicio, la titulación se bifurca así: por la senda de los donatarios y por la del donante. Aquéllos se basan en esa donación, en el derecho adquirido en virtud de ella y en la posesión ejercida desde ella, y éstos se basan en el título primitivo de Silverio y transmitido a su muerte al donante.

Siendo esto así, salta a la vista que el Tribunal acertó al no hallar una acción de petición de herencia y que, por ende, no violó el citado artículo 1321 al no aplicarlo.

Del propio modo y por esas mismas razones no quebrantó el artículo 946 de esa obra al reconocer que efectivamente se trata de un juicio de reivindicación, ni violó, desde uno y otro punto de vista, los dichos artículos 948 y 673.

Acerca de este último se observa que, limitándose a formular el elenco de los modos de adquirir el dominio, no se advierte cómo y por qué lo quebrante la sentencia al declarar lo que declara.

Acusa el recurrente de error en la apreciación de las hijuelas de los demandados en las dichas mortuorias de Silverio e Hipólito, cuyo valor les desconoce sin que se hayan infirmado, y de ahí deduce el quebranto de los artículos 765, 769, 1625, inciso 8º y 1759 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936.

Se considera: el Tribunal no ha desconocido a esas hijuelas su calidad de tales ni la de instrumento público debidamente inscrito a las copias notariales registradas traídas al proceso. Lo que

ha hecho es anotar la falta de demostración del dominio de los causantes. Sabido es que en cualquier causa mortuoria pueden inventariarse como del **de cujus** y, consecuencialmente, adjudicarse en la partición, cualesquiera bienes a los herederos o sus cesionarios, y que no por eso, en cuanto tales bienes no sean del causante, quedan adquiridos por los adjudicatarios y cesa el dominio del verdadero dueño; de suerte que en tal propósito de adquirir nada han adelantado los adjudicatarios con inventariar y partir lo ajeno, por más que la causa mortuoria se haya seguido con toda su tramitación legal y que la partición se haya registrado y que en debida forma se expidan por el Notario y se inscriban por el Registrador las copias de las hijuelas.

Así, pues, no se ha violado el artículo 765 que dice cuáles son los títulos constitutivos y cuáles los traslaticios de dominio y que cataloga entre éstos los actos legales de partición; ni el 789, que dice cuándo y cómo cesa una posesión inscrita; ni el 1625, que en lo pertinente dice cómo puede extinguirse una obligación por la rescisión o la declaración de nulidad; ni el 1759, que establece la plena fe de un instrumento público en cuanto a su fecha y al hecho de haberse otorgado.

Acusa de quebranto de los artículos 1297, 1298, 1008, 1009, 1040, 346 y 347 del C. C., en virtud de error de hecho y también de derecho, manifiesto aquél, en la apreciación de los elementos probatorios de donde el Tribunal deduce que los demandantes representan las referidas sucesiones para las cuales demandan.

El Tribunal al hablar de representación en relación con ellas no significa el vocerío o administración de bienes o cuidado de otro, como la del padre para el hijo de familia, o la del guardador para su pupilo, o la del diputado para un pago respecto del deudor, o en general la del mandatario respecto del mandante, sino que expresa el concepto que corresponde al artículo 1041 del C. C., que se vale de la palabra **representación** en defecto de otro vocablo más preciso; a pesar de ser un tanto inadecuada si se piensa en el peligro de confundir este fenómeno jurídico con aquél, tan diferente.

El Tribunal encuentra que por ser los Cuervo Pérez hijos legítimos de la señora Pérez de Cuervo Márquez y ella hija legítima de la señora Inés Pérez de Pérez y ser ésta hermana de los restantes prenombrados donatarios de 1862, a los Cuervo Pérez asiste el derecho consagrado en aquel artículo 1041 en favor de los descendientes legítimos de una persona a quien asiste la calidad de hijo o hermano, ya legítimo, ya natural, del **de cujus.** En habiendo tales descendientes, para el caso de faltar tal ascendiente en una de esas contadas sucesiones, la ley finge que el ascendiente premuerto, indigno o desheredado o que ha repudiado, no falta, porque su puesto, hasta con el mismo grado de parentesco con el difunto, automáticamente se llena con la descendencia legítima, a la cual confiere este derecho por sí misma, por ser descendencia legítima, no por herencia del ascendiente, sobre lo cual este concepto queda muy aclarado al citar por contraste el derecho de transmisión reglamentado por el artículo 1014, cuyo ejercicio requiere la aceptación de la herencia del transmisor, como es lo lógico, porque la transmisión se establece en favor de los herederos del asignatario que fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido.

Las actas de estado civil que obran en el proceso acreditan el lleno de las circunstancias necesarias para la representación, a saber: que los Cuervo Pérez son descendientes legítimos de su abuela materna y ésta hermana de los dichos donatarios.

El cargo de quebranto del citado artículo 1297, que versa sobre declaración de yacente de una herencia, no se ve de dónde el recurrente lo deduzca. El de quebranto del artículo 1298 se halla injustificado, porque sobre aceptación de una herencia establece que puede ser expresa o tácita y halla ésta en la ejecución de un acto que supone necesariamente la intención de aceptar, y el Tribunal en vista de actos de esta clase es como ha encontrado aceptación de herencia al estudiar las pertinentes dentro de las de que se trata.

No se advierte en qué consista el cargo de violación de los artículos 1008, 1009 y 1040, reemplazado éste desde 1887 por el 85 de la Ley 153 de ese año. Y en cuanto a los artículos 346 y 347, no se justifica el cargo, porque lo tocante a estado civil está comprobado con las actas respectivas.

El recurrente estima violados los artículos 765, 756 y 766 en su inciso final por error de apreciación de las hijuelas de los demandantes en la mortuoria de la señora Pérez de Cuervo Márquez, en cuanto estas hijuelas adjudican a los demandantes los mismos terrenos en cuestión y sin embargo ellos afirman y el Tribunal también que pertenecen a las sucesiones de Julián y hermanos. No se

encuentran ese quebranto ni esa contradicción, porque para relacionar como de la señora Pérez de Cuervo en su mortuoria esos bienes, se tomó como base la adquisición por ella, en la forma ya mencionada aquí, de todas las porciones que de ellos se formaron por la donación de 1862; pero ello no obsta a que reconozcan sus herederos, hoy demandantes, que no se ha seguido la causa mortuoria de cada uno de los donatarios de entonces y que, por lo mismo, entre tanto esos bienes se reputen de estas sucesiones. Además, y esto bastaría para desechar el cargo, la coincidencia de las situaciones de que acaba de hablarse, en la que el recurrente halla contradicción, en nada quebranta o niega lo que sobre tradición y justo título establecen aquellas disposiciones legales.

Sostiene el recurrente que el Tribunal ha debido declarar de oficio absolutamente nulo el acto constitutivo de la donación de 1862, porque establece fideicomisos sucesivos y prohibe el paso de los bienes a personas distintas de los fideicomisarios, con quebranto, en esto, del artículo 34 de la Constitución y, en aquéllo, del 805 del C. Civil y de los artículos 676 a 707 del C. C. de Santander.

No es aceptable lógicamente que un acto de 1862 se repute violatorio de disposición dictada mucho después. Aquel artículo 34, que en la actual Codificación es el 37, establece que en Colombia no habrá bienes raíces que no sean de libre enajenación. Si este precepto constitucional encuentra ya pronunciado por un particular alguna ordenación en contrario, lo que de esto se deduce no es que esta orden se anticipara a desobedecerlo, sino que ella no será cumplida, en cuanto efectivamente haya tal conflicto.

Según el artículo 6º del C. C., "En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa". El artículo 805 prohibe constituir dos o más fideicomisos sucesivos. Si se mirara exclusivamente a esta prohibición, habría de deducirse la nulidad de un acto que la desoyese; pero agrega en su inciso 2º: "Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la espectativa de los otros". Así, pues, no es la nulidad la consecuencia de tal infracción, sino la muy distinta que la misma disposición legal establece.

Por tanto, no es aceptable el concepto de que se pudiera y aún debiera declarar la nulidad absoluta de que habla el recurrente.

Otros reparos hace a la donación, a saber: no haberse insinuado, no contener inventario la respectiva escritura y haber menoscabado el donante con ella las legítimas de sus hijos. Estos reparos, cuya inoportunidad salta a la vista, no se justifican tampoco al considerarlos en sí, porque el inventario sería de exigirse en donación a título universal, porque no está demostrado que el valor de las tierras donadas pasara en 1862 de la cuantía que requería insinuación ante el artículo 1338 del C. C. de Santander, correspondiente al 1458 del actual, y porque no está demostrado siquiera que el donante tuviera, en 1862 asignatarios forzosos y careciera de otros bienes para cubrirles su haber herencial. Además, por lo atañedero a esto último, habrían sido esos asignatarios quienes en su día habrían podido ejercitar las acciones del caso.

Volviendo a los reclamos del recurrente relativos al fideicomiso, debe agregarse que, habiéndose reunido en manos de la donataria Inés los derechos de todos los beneficiados con el mencionado traspaso de 1862, sería inoficioso indagar cuál de ellos fue el que adquirió el fideicomiso y cuáles perdieron sus expectativas.

Ante el título conferido a los donatarios de 1862 y lo acontecido sobre posesión en el decurso de los ochenta años transcurridos desde entonces hasta que se inició el presente pleito, no es legalmente posible revivir ahora con su prístimo poder la adjudicación hecha a Silverio Pérez en 1884 para reputar aún como de él o de su sucesión, seguida en 1941, los bienes que en virtud de aquélla adquirió entonces; ni cabe tampoco reputarlos ahora como de la sucesión de Hipólito Pérez, fuera éste o no heredero único de Silverio cuando manifestó despojarse de ellos en favor de sus donatarios en 1862, puesto que, piénsese hoy lo que se quiera contra esa donación, ello es que, de un lado Hipólito dejó de ser dueño desde que la hizo, y de otro, que los derechos creados por ese título se han corroborado por la posesión habida en todo ese lapso. Más todavía: aún sin ese título esta posesión continúa por sí sola, con su consecuencial usucapión, sería a la vez sostén suficiente de la demanda y valla contra la reconvención.

Si este juicio doble hubiera de resumirse en breves palabras, éstas serían: los demandantes se respaldan en la posesión ejercida en forma continua por las sucesivas personas antedichas e iniciada

con la donación de 1862, y los demandados se oponen aduciendo una adjudicación hecha en su favor en 1941 en la sucesión de quien desde 1862 se había desprendido de los bienes ahora adjudicados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el dieciocho de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda. —Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. El Conjuez, **Juan Francisco Mújica.—Emilio Prieto H.,** Ofic. Mayor.

FILIACION NATURAL

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, han de ser reputados como hijos naturales, desde su concepción, quienes obtienen la declaración judicial de tales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia del Tribunal Superior de Tunja que, reformando el de la primera, del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, por demanda ordinaria de Pompilio Forero declaró que Alberto W. y María del Carmen Forero Villalobos no tenían la calidad de hijos naturales de Cándido Medardo Forero a la muerte de éste y por lo mismo carecen de vocación hereditaria.

Falleció este señor intestado en Chiquinquirá el 10 de mayo de 1931, dejando como heredero a su madre legítima, señora Emiliana Peña viuda de Forero. Dichos Alberto y Carmen la demandaron para que con su audiencia y con intervención del Ministerio Público, en vía ordinaria, se les declarara hijos naturales de Cándido Medardo Forero, lo que obtuvieron en sentencia de 25 de octubre de 1939, de aquel mismo Juzgado, la que en su oportunidad quedó y se declaró ejecutoriada. Basados en ella Alberto y Carmen obtuvieron declaratoria de herederos de Cándido en el juicio de sucesión.

Pompilio Forero por medio de apoderado, invocando "su carácter de heredero por subrogación del señor Cándido Medardo Forero", entabló el presente juicio en solicitud de estas declaraciones: 1ª Que la herencia de Cándido se defirió a quienes correspondía la vocación legal el día de su muerte; 2ª Que esa vocación, según el artículo 1046 del C. C., vigente ese día, se extendía a los hijos naturales, en cuanto para esa fecha los hubiera; 3ª Que Alberto y Carmen no tenían esa calidad para esa fecha y, por tanto no tienen derecho alguno a los bienes relictos como hijos naturales, y 4ª Que el demandado que se oponga debe pagar las costas.

Señaló como demandados a éstos, tanto en su dicha calidad declarada en la sentencia de 1939, cuanto en la de cesionarios de derechos de la señora Peña de Forero, y también a Heraclio Forero, por haberle cedido derechos esta señora.

Heraclio contestó haciendo presente que su intervención en nada favorecería o perjudicaría a ninguna de las partes, por serle extrañas las cuestiones planteadas por el actor, relativas sólo a los hijos, y diciendo que no se opone a las pretensiones de la demanda "y en cambio elogia la enjundiosa tesis jurídica propuesta por el apoderado del demandante". Consecuente con su dicho, no gestionó en el curso del pleito.

Alberto y Carmen se opusieron y excepcionaron de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y de cosa juzgada.

El Juzgado hizo las declaraciones pedidas, salvo la de condenación en costas. El Tribunal reformó el fallo de aquél por no ser materia de sentencia lo solicitado en los puntos 1º y 2º, que versan sobre el texto y sentido de disposiciones legales; de ahí que se abstuviera de hacer esas declaraciones y que reformara, consecuencialmente sin costas tampoco en la segunda instancia, para suprimir aquella parte y mantener como resolución el rechazo de las excepciones y la declaración tercera, que es la citada en el encabezamiento del presente fallo, a saber: Alberto y Carmen Forero Villalobos no tenían la calidad de hijos naturales de Cándido el día de su muerte y "por lo mismo carecen de vocación hereditaria con relación a sus bienes".

No siendo recurrente el demandante, a esta declaración se limita el recurso, según el artículo 494 del C. J.

Recurrió sólo Alberto. Esta circunstancia no obsta a que la presente sentencia favorezca también a Carmen, dado lo que dispone el artículo 486 **ibidem.**

Juzgado y Tribunal opinan que Alberto y Carmen adquirieron dicho estado civil por obra de

la sentencia de 25 de octubre de 1939; de manera que para el 10 de mayo de 1931, día de la muerte de Cándido Medardo Forero, no teniendo ellos aún ese estado o calidad, no se les defirió la herencia, no fueron llamados, puesto que la herencia se defiere en el momento de morir el **de cujus.** Esa opinión es la clave de ambas sentencias de instancia, ante las cuales tales hijos, sobrevenidos, por decirlo así, tardíamente y en todo caso después de ese momento preciso, carecen, por ende, de vocación sucesoral y consecuencialmente de todo derecho a llevar los bienes relictos o a participar en ellos.

El apoderado que Alberto y Carmen constituyeron ante la Corte formula contra la sentencia recurrida varios cargos. Ajustándose a lo que mandan los artículos 537 y 538 del C. J., la Corte se limita, por lo que hace al recurso, a estudiar de esos cargos el que acoge, e invalidada por esto aquella sentencia, dicta la que ha de reemplazarla.

El cargo que la Sala halla justificado y suficiente para esa invalidación es el de quebranto de los artículos 1º y 28 de la Ley 45 de 1936, en cuanto el 1º dice que es hijo natural el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a la misma ley, y en cuanto el 28 establece la limitación de los efectos de esta ley en el sentido de no incluir en éstos a los hijos naturales, exclusivamente para su concurrencia con descendientes legítimos, refiriéndose en aquéllos a los concebidos antes de entrar ella a regir. No tratándose aquí de concurrencia con hijos legítimos, el artículo 28 se ha aplicado indebidamente; y, habiéndose de reputar hijos naturales desde su concepción a quienes obtienen la declaración judicial referida, se interpretó erróneamente el artículo 1º.

La violación de estas disposiciones sustantivas hace que el recurso prospere; de ahí que no se citen otras quebrantadas también con aquella opinión, tan reñida con la unidad indivisible de un estado civil dado, considerado en sí mismo, y tan reñida también con la calidad de las sentencias sobre éste, que son declarativas y forzosamente se limitan a reconocer, sin crear, los hechos constitutivos, éstos sí, de tal estado. Esa opinión, o sea, la de que Alberto y Carmen adquirieron la calidad de hijos naturales de Cándido por obra de la sentencia de 25 de octubre de 1939 y, por ende, sólo desde ese día, es grave yerro que implica el de que la paternidad se debe al fallo o, al menos, el de que aquéllos, en el curso de su vida, por un tiempo fueron y por otro tiempo no fueron hijos de su padre, lo que es absurdo.

La sentencia, que es, repítese, declarativa, señala la fecha de la declaración; pero no la de la concepción. Cualquiera que sea el día de aquélla, su obligada posterioridad al de la concepción no puede alterar o quebrar la paternidad misma.

Estos conceptos son ya un lugar común en la doctrina, al punto de ser innecesario exponer sus lógicos y obvios fundamentos. Además, y con esto bastaría, la ley da el carácter de declarativa a la sentencia. Así, por ejemplo, reduciendo la cita a disposiciones de la 45 de 1936, se tiene que para enumerar su artículo 4º los casos a que se refiere, comienza con estas palabras: "Hay lugar a **declarar** judicialmente la paternidad natural:...". Después de esa enumeración, agrega: "En el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la **declaración** de paternidad si el demandado demuestra ...". Y el artículo 10º dice: "A falta de representante legal, tiene derecho a demandar la **declaratoria** de filiación para un menor la persona o entidad que ha cuidado de su crianza" (Subraya la Corte).

En suma: Alberto y Carmen, declarados judicialmente hijos naturales de Cándido, lo son desde que fueron concebidos y, por tanto, lo eran al morir su padre y tuvieron, con esa calidad, la vocación que el Tribunal les ha negado. Como se dijo, Cándido murió intestado y célibe. El problema de la concurrencia con descendientes legítimos es ajeno al presente caso.

Al proceder como fallador de instancia a dictar la resolución que ha de reemplazar la sentencia recurrida, encuentra la Sala como primer problema el de la personería del demandante.

Pompilio Forero se presenta diciéndose heredero como subrogatario de la señora Peña de Forero. Debe, pues, indagarse ante todo si efectivamente tiene, no la calidad misma de heredero correspondiente a la madre legítima, pero sí la de cesionario de ésta en su derecho de tal, pues sólo al responderse a esta cuestión afirmativamente será como se halla, en su caso, en tal cesionario el interés jurídico indispensable para demandar porque lo afecte la concurrencia o la exclusión de otros herederos.

La señora Peña de Forero figuró inicialmente como heredero único de su hijo legítimo Cándido. Al comparecer Alberto y Carmen como hijos naturales, se vio ella afectada en razón de que, en

vez de llevar toda la herencia, llevaría sólo una parte, por descontársele la de ellos. De ahí su interés, su legitimación en causa, su personería sustantiva para incoar un juicio encaminado a impedir la entrada de esos concurrentes y la consecuencial disminución de su haber herencial de ella.

Esa calidad de cesionario de los derechos herenciales de la señora Peña invocada por el demandante y llevada por su apoderado al extremo de llamarlo heredero, la funda en la escritura Nº 153, otorgada ante el Notario 2º de Chiquinquirá el 21 de mayo de 1931. El análisis de este instrumento o, por mejor decir, su sola lectura, hace ver que no contiene la cesión o subrogación afirmada por la parte demandante en el libelo inicial y en el curso del pleito.

La señora Peña de Forero dice allí "que da en venta real y enajenación perpetua a los señores Pompilio y Eulalia Forero por iguales partes, es a saber: todos los derechos que tiene, le corresponden y puedan corresponderle sin reserva ninguna por herencia de su finado hijo Cándido Medardo Forero en las siguientes fincas: a) En dos casas de rafa y teja con su sitio y lugar correspondientes, ubicadas en el área de esta ciudad, demarcadas... b) En un terreno ubicado en la vereda de Chizo, jurisdicción del Territorio Vásquez demarcado en general así:...". "El precio de la venta de estos derechos y acciones es la suma de cuatro mil pesos moneda legal que la vendedora confiesa tener recibidos de manos de los compradores por partes iguales a su satisfacción".

Esto, por lo que respecta al señor Pompilio Forero. Esa misma escritura contiene transferencias de la señora Peña, en la misma forma, de sus derechos como heredera de su hijo Cándido, en la casa allí deslindada, ubicada en Pauna, en favor de Alberto W. y María del Carmen Villalobos, y del terreno de la vereda de Manote, jurisdicción de Pauna, allí demarcado, en favor de Alicia y Emiliana Forero. Todos estos adquirentes fueron representados en ese acto por el señor Pompilio Forero; pero, como ya se dijo, estas transferencias no fueron a él sino a sus representados.

Se impone distinguir entre la transferencia a que procede un heredero manifestando que el objeto de ella son sus derechos en tal o cual determinado cuerpo cierto de la sucesión que, así, es la mira determinante de la intención de los contratantes, y la cesión que de todo o cuota de sus derechos herenciales haga considerándolos en forma abstracta y genérica.

En el primer caso el adquirente afronta la contingencia de que en el puesto del cedente, sea a éste o al cesionario, se adjudique el cuerpo cierto a que se ha limitado el traspaso de derechos. Cuáles sean las consecuencias de que advenga o no tal adjudicación, es problema extraño al presente juicio.

En el segundo caso, el cesionario adquiere los derechos que en la universalidad de la herencia correspondan al cedente proporcionalmente a la totalidad o cuota materia de la cesión y asume del propio modo sus obligaciones de heredero, y en esta forma y con este alcance lo reemplaza u ocupa su puesto. Este caso es el contemplado por el artículo 1967 del C. C. sobre cesión a título oneroso de una herencia o legado, que contiene esta frase muy significativa para la distinción que se está haciendo: "sin especificar los efectos de que se compone".

Bien se ve que no fue este contrato el celebrado entre Pompilio Forero y la madre del causante por medio de la citada escritura de 21 de mayo de 1931, en la cual, como queda dicho, lo que ella le traspasó fueron derechos herenciales, es verdad, pero concretados y limitados a los precisos inmuebles allí descritos. Y es de ese contrato de donde Pompilio deduce o en el que ve el comprobante de ser titular de la acción que aquí ejercita, lo que vale como decir que no la tiene. La señora lo capacitó para que, en su caso y oportunidad, la partición adjudicara en el referido puesto los mencionados inmuebles; pero no lo invistió de algo tan distinto como es la personería necesaria para incoar la acción materia de este juicio, como no invistió de esa calidad tampoco a ninguna de las otras personas a cuyo favor la misma señora Peña hizo transferencias análogas, de las cuales quedan citadas aquí las de Alberto, Carmen, Alicia y Emiliana Forero de sus derechos herenciales vinculados en forma singular y exclusiva para cada cual en los bienes respectivamente determinados en el citado instrumento de 1931.

Quien adquiere de un heredero los derechos de éste en determinado bien de la sucesión, queda facultado para gestionar lo conducente a que en la partición se haga la correspondiente adjudicación, lo que, como ya se advirtió, es un suceso contingente; pero no queda investido de la potestad legal de incoar acciones distintas de aquellas precisas gestiones, tan distintas como, por ejemplo, lo es la acción ejercitada en este proceso.

Dedúcese de lo dicho que el demandante carece de esa acción, de legitimación **ad causam**, de personería sustantiva, esto es, de un elemento indispensable de todo presupuesto procesal que, además, ha de ser el estudiado ante todo, puesto que mal podría el sentenciador entrar en las cuestiones de fondo cuando quien las plantea no tiene, por decirlo así, derecho de entrada.

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 Tunja el cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, y revocando la del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá de diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, falla este pleito así:

Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y que, por tanto, no hay lugar a hacer las declaraciones suplicadas en la demanda, de cuyos cargos se absuelve a los demandados.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Emilio Prieto H., Ofic. Mayor.

ACCION DE SIMULACION

1. — Según la doctrina, hay confesión cuando una de las partes da testimonio contra sí misma de la verdad de un hecho o de un acto jurídico expuestos por la otra como fundamento de su demanda o de su excepción.

2. — Es el precio ficticio, esto es, el aparente que se pacta con la intención de no exigirse, el que puede determinar la simulación del contrato de venta por ausencia de uno de los elementos jurídicos esenciales para su existencia; pero el no pago del precio realmente pactado, o su demora, o su pago en forma distinta de la convenida en el instrumento público en que se solemnizó el contrato, dan nacimiento a acciones distintas de la de simulación, para hacerlo efectivo o para pedir la resolución de la venta con indemnización de perjuicios.

3. — La admisibilidad de los diferentes medios probatorios que autoriza la ley varía según que la simulación se invoque por alguna de las partes contratantes o por terceros. La estabilidad de los derechos y la seguridad del comercio jurídico exigen que cuando las personas o partes revisten sus contratos o acuerdos de voluntad con las formalidades establecidas por la ley para la realización cabal de los fines perseguidos, no les sea permitido demostrar la insinceridad o ficción de sus declaraciones sino con el uso de determinados medios de convicción. De otro modo, la libertad probatoria representaría una peligrosa inestabilidad de los negocios ante los múltiples fenómenos de la simulación. En tesis general y en acuerdo con la doctrina, puede afirmarse que no es posible destruír la plena fe del actor ostensible o público respecto de las declaraciones en él consignadas, esto es, no se puede demostrar la contraestipulación o pacto secreto, en pleito entre quienes lo celebraron, sino exhibiendo una prueba de igual categoría o fuerza demostrativa que la que acredite aquél. Por tanto, si el acto ostensible se consignó por escrito, ya porque la ley exija esa solemnidad o porque las partes lo hayan celebrado en esa forma, la prueba del oculto o secreto debe constar también por escrito.

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

(Magistrado ponente:

Doctor Hernán Salamanca).

Por medio de la escritura pública número 356, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Ibagué el 2 de julio de 1925, registrada en la forma legal, Josefina Rico vendió a Cesáreo Rico dos inmuebles ubicados en el Llano de la Virgen, jurisdicción del municipio de Coello, alinderados como allí se dice, por la suma de cuatro mil pesos que la vendedora declaró que había recibido a su satisfacción.

Transcurridos más de quince años, la vendedora Josefa Rico, por medio de apoderado, en libelo de 5 de diciembre de 1941, ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal demandó en acción ordinaria a Cesáreo Rico para que con su audiencia se declare que es simulado el contrato de compraventa recogido en la escritura 356 del 2 de julio de 1925; que, consecuencialmente, los bienes que allí aparecen vendidos no han salido del patrimonio de la demandante, los cuales le deben ser restituídos por el demandado con sus frutos naturales y civiles, y que se ordene la cancelación de la inscripción del título en la Oficina de Registro.

Subsidiariamente se demandó la rescisión de la referida compraventa por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora.

Los hechos en que se funda esta demanda según síntesis hecha por el Tribunal, son los siguientes:

Que aunque en la escritura número 356 de 2 de julio de 1925 se pactó como precio la cantidad de $ 4.000.00 moneda corriente, ni Josefa Rico los recibió en forma alguna, ni Cesáreo Rico erogó tal suma; que para el 2 de julio de 1925 Cesáreo Rico no tuvo entradas que le proporcionaran los $ 4.000.00 que dice haber pagado por el precio de venta; que a partir de esa fecha no se ha visto en poder de Josefa Rico cantidad de dinero efectivo que revele haber recibido los $ 4.000.00, siendo más bien palpable la indigencia en que ha vivido porque no tiene con qué satisfacer sus más elementales necesidades; que para la fecha de aquella compraventa Jo-

sefa Rico por su edad avanzada era persona de pobreza mental rayana en la demencia, de modo que cuando celebró tal contrato no estaba en ejercicio pleno de su razón, ni era capaz de sustraerse a cualquiera sugestión, exigencia o amenaza; que con la compraventa que se tacha de simulada no hubo alteración de los patrimonios de la demandante ni del demandado; ni el de aquélla disminuyó, ni el de éste aumentó; que un año antes del contrato simulado, más o menos, Cesáreo se hizo otorgar de Josefa un poder general que lo capacitó para representarla, para enajenar y para gravar sus bienes en la forma que más conveniente le pareciera a él; que Cesáreo Rico es hijo natural de Josefa Rico y ejercía ascendiente e influencia decisiva sobre su madre en la época del contrato que de simulado se tacha; que en Coello es voz general que el referido contrato es simulado, y que el precio estipulado de $ 4.000.00 es inferior a la mitad del justo precio de los bienes especificados en la escritura de venta.

El demandado, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones de la actora por no ser ciertos los hechos en que se funda, y "en cuanto a los fundamentos de derecho, niego rotundamente — dice — que hubiera existido la contraestipulación oculta sobre lo estipulado ostensiblemente, porque el contrato fue real y verdadero, consentido plenamente por la vendedora, sin nada oculto. La vendedora no quiso una cosa diferente de la que consta en la escritura de compraventa". Alegó, en lo referente a la acción rescisoria subsidiaria, la excepción perentoria de prescripción extintiva.

Desarrollada sobre estas bases la litis, el Juzgado del Circuito la decidió en primera instancia con sentencia del 30 de octubre de 1942, en la cual declaró la simulación demandada, ordenó la restitución de los bienes, la cancelación del registro de la escritura y condenó en las costas del grado al demandado.

Sentencia acusada

El fallo del Juzgado fue confirmado totalmente por la sentencia del 10 de diciembre de 1943 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué al término de la segunda instancia a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Para motivar su decisión comienza el Tribunal por recordar que doctrinariamente la simulación jurídica se caracteriza por una divergencia intencional entre la declaración y el querer, y que la acción judicial procedente para su declaración "depende de que, quien la ejercite, demuestre que coetáneamente con el acto o contrato públicamente celebrado, las partes celebraron uno secreto llamado por ellas a adicionar, modificar, alterar o desvirtuar los efectos de aquél". Y analizando en seguida el acervo probatorio producido en este caso para demostrar que es ficticio el contrato de venta contenido en la escritura pública número 356 del 2 de julio de 1925, celebrado por la actora con su demandado, llega a la conclusión de que está plenamente demostrada su simulación con "la confesión que reiteradamente ha hecho el demandado de la ficción de una compraventa donde en realidad no la hubo". Halló esta confesión el Tribunal en las respuestas que el demandado Rico dio al hecho segundo de los fundamentales de la demanda y a las posiciones que absolvió, en relación con el pago de los $ 4.000.00 que la vendedora dijo en el instrumento haber recibido, contestaciones en que el sentenciador encontró suficiente "base para convenir en que hubo apariencia en orden a uno de los elementos del contrato, el del precio, que es elemento esencial del cual dice la ley que en ningún caso puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, con menor razón al del comprador cuya principal obligación es la de pagar el precio convenido".

El recurso

Trajo este negocio a la Corte el recurso de casación que oportunamente interpuso la parte demandada contra la sentencia definitiva de segunda instancia, recurso que por estar completamente sustanciado se procede a decidir.

De los diversos cargos que contiene la demanda de casación, todos apoyados en la causal primera del artículo 520 del C. J., la Sala reduce su consideración al que en seguida se expone sintéticamente por hallarlo fundado y suficiente para producir la infirmación del fallo acusado, dentro de la facultad que le confiere el artículo 538 del Código citado.

Se acusa en este cargo la sentencia por ser violadora de los artículos 604, 606 y 609 del C. J., 1757, 1759, 1765, 1769, 2287 y 2292 del C. C., como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al estimar la contestación de la demanda y las posiciones absueltas en primera y en segunda instancia por Cesáreo Rico y al no tener en cuenta las declaraciones testimoniales rendidas por Marco A. Olivar, Francisco Laguna, Jorge E. González, Jorge Pulecio, Francisco Labrador, Aristides Cortés y otros que confirman las modalidades y circunstancias contenidas en las declaraciones del demandado.

Se hace consistir el error que se imputa al Tribunal en haber considerado las supradichas contesta-

ciones al hecho segundo de la demanda y a las preguntas en posiciones como una confesión de que la compraventa de la escritura número 356 es simulada, porque en ellas, lejos de aceptar las aseveraciones de la demandante, se afirma perentoriamente el pago del precio de la venta. Cesáreo Rico en ningún momento ha convenido en que el precio de su compra fue ficticio o inexistente, y de sus respuestas, tenidas por el Tribunal como única base probatoria de su sentencia, no es posible deducir en manera alguna la celebración de una contraestipulación o contrato distinto del que reza la escritura mencionada.

Considera la Sala

El hecho segundo de los fundamentales de la demanda dice: "La pretendida vendedora, señora Josefa Rico, no recibió, efectivamente, en forma alguna, la cantidad de cuatro mil pesos, moneda corriente, que aparece pactada como precio en el contrato simulado de que da cuenta la escritura pública número 356 del 2 de julio de 1925, de la Notaría 1ª del Circuito de Ibagué, ni el pretendido comprador, señor Cesáreo Rico, la erogó".

El demandante contestó: "No es cierto, porque la demandante había recibido antes del otorgamiento de la escritura citada y siguió recibiendo hasta no hace mucho tiempo sumas de dinero por cuenta del contrato demandado, y yo hice las erogaciones correspondientes".

La pregunta en posiciones en que el Tribunal vio confesión del demandado, dice: "Cómo es cierto que su madre Josefa Rico vive desde el año de 1925, para acá, en la más completa indigencia, y que esto no se explicaría si usted le hubiera pagado los cuatro mil pesos moneda corriente del contrato que se dice de venta, en 1925, y si ese contrato hubiera sido real y efectivo".

Contestó el absolvente demandado: "No es cierto que mi madre Josefa Rico haya vivido ni antes ni después del año de 1925 en la más completa indigencia; pues yo siempre he estado al frente de ella suministrándole todo lo que ella necesite para su sostenimiento; los cuatro mil pesos del valor de los bienes que me vendió mi madre Josefa Rico en 1925, se los he suministrado en lo que ella ha ido necesitando porque así me lo exigió mi madre hasta que ella viviera y así lo he hecho; y por tanto esa venta es real y efectiva".

Las conclusiones probatorias del Tribunal sobre estas declaraciones del demandado están consignadas en los siguientes apartes de su sentencia:

"De las contestaciones dadas a los hechos 1º, 7º, 8º y 9º que tienen el expreso asentimiento del demandado, no se puede sacar, ciertamente, la conclusión de que conviene éste en la simulación. Pero la contestación dada al hecho segundo, sí es una confesión libre y espontánea del demandado de que las cosas no se sucedieron como las constata la escritura número 356; y como esa confesión tuvo gran fuerza en el ánimo del señor Juez **a quo**, el Tribunal ha de detener su consideración muy especialmente en ella..... De modo que con la confesión del demandado rendida a la entrada del pleito, queda ya en tela de juicio la veracidad de la cláusula tercera de la escritura otorgada ante el Notario 1º de Ibagué el 2 de julio de 1925..... Si, como lo enseña la Corte, "la simulación se caracteriza por una divergencia intencional entre la declaración y el querer", es incuestionable que al haber divergencia entre lo que se le hace declarar a Josefa Rico en la escritura número 356 y lo que en realidad quisieron hacer los otorgantes, ya hay base para convenir en que hubo apariencia en orden a uno de los elementos del contrato, el del precio, que es elemento esencial del cual dice la ley que en ningún caso puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, con menor razón al del comprador cuya "principal obligación es la de pagar el precio convenido". (Artículos 1501, 1865 y 1928, C. C.)..... Ya con ello confiesa el demandado un hecho, grave de suyo, para aceptar la tesis de la simulación....."

Transcritas textualmente las palabras en que se expresaron las respuestas del demandado Cesáreo Rico y los pasajes de la sentencia en que se analizó su valor probatorio, claramente se ve el fundamento del cargo de error de hecho que se le imputa por haber visto en ellas la confesión de la simulación contractual a que se refiere la demanda. No se trata, desde luego, de la divisibilidad de la confesión explicada, punto éste no considerado por el sentenciador, sino solamente de deducir la cuestión de hecho de si existe o no la prueba de confesión en las declaraciones de la parte demandada sobre la simulación afirmada por la demandante.

No es confesión, según el artículo 604 del C. J., sino la declaración que una de las partes hace de ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, esto es, como lo explica la doctrina, que hay confesión cuando una de las partes da testimonio contra sí misma de la verdad de un hecho o de un acto jurídico expuestos por la otra como fundamento de su demanda o de su excepción. Este pleito se inició para que se declare simulado el contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 356 del 2 de julio de 1925, celebrado entre la actora y su demandado. "Negocio simulado — ha definido la Corte (G. J., Tomo XLIV, p. 167) — es el que tiene

aspecto contrario a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos: uno visible y otro invisible. El privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del público y en el lenguaje de la Corte se llama contraestipulación. Puede ser verbal o escrito. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio".

Dentro de la finalidad concreta del litigio, sin fijarse mucho en la vaguedad de los hechos de la demanda como expresivos del mecanismo de la simulación, la prueba esencial para la prosperidad de la acción tiene que ser la de que el contrato de venta referido carece en absoluto de realidad porque la oculta voluntad jurídica de quienes aparecen celebrándolo fue la de que no produjera ningún efecto. En esto debe consistir la divergencia intencional entre la declaración y el querer. La demandante, tanto en el hecho segundo de su demanda como en la precitada pregunta de sus posiciones, afirma que el precio de la venta no existió porque el contrato no fue real ni efectivo y que por eso ni ella lo recibió ni el demandado lo erogó. Estas son las afirmaciones esenciales que armonizan con el objetivo jurídico del juicio, y bien se ve que ninguna de ellas ha sido en manera alguna aceptada como cierta por el demandado, quien muy lejos de convenir en la inexistencia o ficción del precio en la venta, afirma inequívoca y categóricamente que lo pagó en la forma referida en sus respuestas. Es el precio ficticio, esto es, el aparente que se pacta con la intención de no exigirse, el que puede determinar la simulación del contrato de venta por ausencia de uno de los elementos jurídicos esenciales para su existencia; pero el no pago del precio realmente pactado, o su demora, o su pago en forma distinta de la convenida en el instrumento público en que se solemnizó el contrato, dan nacimiento a acciones distintas de la de simulación, para hacerlo efectivo o para pedir la resolución de la venta con indemnización de perjuicios. La realidad del precio y su ficción son los términos de la divergencia intencional entre la declaración y el querer, tratándose de este elemento en juicio de simulación de una venta, y no como parece entenderlo el Tribunal, la divergencia entre lo que dice la escritura y lo que resulte probado en punto a la manera de verificar el pago.

Aludiendo a la forma en que el demandado afirma haber pagado el precio que aparece estipulado y recibido en la escritura de venta, dice la sentencia: "Si los cuatro mil pesos en que Cesáreo estimó los bienes de su madre le sirvieron a él de fondo, o de capital que debía invertir en suministrarle a Josefa de por vida lo que ella fuera necesitando, ese contrato tiene una denominación legal, y encaja en lo que el código civil llama renta vitalicia (artículos 2287 a 2301 del C. C.) Y si Cesáreo quiere que prevalezca ese contrato como el realmente celebrado, aunque oculto bajo las apariencias de la compraventa mencionada en la escritura número 356, no puede exigirse una mejor prueba de la simulación. Etimológicamente, no más, **simul actio** indica el concierto de dos voluntades para dar a una cosa la apariencia de otra".

Evidentemente equivocado es el planteamiento que al problema de la simulación se da en esta parte de la sentencia recurrida. La demanda configura en sus hechos fundamentales un caso de simulación absoluta como se colige de la afirmación de que el precio fue simplemente aparente y que con la venta ficticia no se produjo alteración patrimonial ninguna entre los pretendidos vendedor y comprador respecto del inmueble del Llano de la Virgen. No se ha propuesto en este juicio un caso de simulación relativa en que la acción persiguiera la prevalencia de un contrato oculto pero realmente consentido por los contratantes; en el libelo no se alude a ninguna contraestipulación ni pacto secreto como habría sido preciso para entender incoada la acción de prevalencia, ya que, como lo ha dicho la Sala, "cuando se alega en juicio la simulación, como cualquiera otra figura, son necesarios los hechos que la individualicen y sirvan para la futura estimación y ordenación de las pruebas y para el leal juicio del fallador"; y el demandado al contestar la demanda afirmó categóricamente que no ha existido ninguna contraestipulación oculta que altere lo que aparece en la escritura pública y que ninguno de los contratantes ha querido cosa distinta de lo que ostensiblemente consta en ella. A la sombra de esta indeterminación de la demanda el criterio del Tribunal oscila confusamente entre la simulación integral por ficción del precio y del consentimiento para transferir el dominio, y la simulación relativa consistente en haber encubierto con la apariencia de la compraventa la constitución de una renta vitalicia. Y todo esto, como ya se vio, con base en la equivocada apreciación de las respuestas dadas por Cesáreo Rico, ya vistas, y que si no son constitutivas de la aceptación de que el contrato es absolutamente simulado, que es el hecho discutido en el pleito, menos pueden tomarse como la aseveración y defensa de la tesis de la contraestipulación de la renta vitalicia. En ellas, como ya se advirtió, solamente hace referencia a la manera como verificó el

pago del precio de la venta, pero insistiendo en la realidad de este contrato. Por otra parte, ni aun aceptando la demostración de la renta vitalicia como contraestipulación o contrato secreto, sería acertada la solución de la sentencia, porque tratándose en ese supuesto de una simulación relativa la prosperidad de la acción no tenía por qué conducir al desconocimiento del pacto secreto válido, sino precisamente a hacerlo prevalecer sobre el aparente o público de la compraventa. Yerra evidentemente el Tribunal al estimar las precitadas declaraciones del demandado sobre la forma de pago como "la mejor prueba de la simulación", que no es posible hallar ni descomponiendo sus explicaciones.

Lo predicho sirve para descartar la pretendida confesión, y concluír consecuencialmente en la prosperidad del cargo de violación de la ley sustantiva que se ha venido estudiando con base en esta equivocada apreciación probatoria.

En estas condiciones la motivación del fallo que debe proferir la Corte en reemplazo del que casa se simplifica grandemente porque se reduce a considerar la conducencia y eficacia de la prueba que de la simulación ofrece el expediente, para lo cual basta recordar lo que al respecto tiene establecido jurisprudencialmente en numerosas decisiones.

La admisibilidad de los diferentes medios probatorios que autoriza la ley varía según que la simulación se invoque por alguna de las partes contratantes o por terceros. La estabilidad de los derechos y la seguridad del comercio jurídico exigen que cuando las personas o partes revisten sus contratos o acuerdos de voluntad con las formalidades establecidas por la ley para la realización cabal de los fines perseguidos, no les sea permitido demostrar la insinceridad o ficción de sus declaraciones sino con el uso de determinados medios de convicción. De otro modo, la libertad probatoria representaría una peligrosa inestabilidad de los negocios ante los múltiples fenómenos de la simulación. En tesis general y en acuerdo con la doctrina puede afirmarse que no es posible destruír la plena fe del acto ostensible o público respecto de las declaraciones en él consignadas, esto es, no se puede demostrar la contraestipulación o pacto secreto, en pleito entre quienes lo celebraron, sino exhibiendo una prueba de igual categoría o fuerza demostrativa que la que acredita aquél. Por tanto, si el acto ostensible se consignó por escrito, ya porque la ley exija esa solemnidad o porque las partes lo hayan celebrado en esa forma, la prueba del oculto o secreto debe constar también por escrito.

La Corte ha dicho en muchas sentencias: "Tratándose de demostrar **entre los contratantes** la existencia de una simulación, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del C. C. y del segundo aparte del artículo 91 de la ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión y principio de prueba que entonces puede completarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio". (G. J., t. 43, p. 830).

No existiendo en este caso la base probatoria mínima legalmente aceptable sobre la voluntad oculta que se pretende hacer prevalecer sobre la consignada en una escritura pública con todas las ritualidades de la ley, la demanda de simulación no puede prosperar.

Por lo que hace al pedimento subsidiario de la demanda, sobre rescisión de la compraventa por lesión enorme, a que ni siquiera se alude en la sentencia recurrida, ningún intento realizó la demandante para demostrarla ni ha sido objeto de mención en el recurso, sin duda por la forma incuestionable en que se presenta el fenómeno de la prescripción de la acción rescisoria alegada por el demandado en la contestación a la demanda, consumada de sobra desde la fecha del contrato (2 de julio de 1925) a la de iniciación de este pleito en el año de 1941.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 10 de diciembre de 1943; revoca la de primera instancia pronunciada por el Juzgado del Circuito del Espinal el 30 de octubre de 1942, y en su lugar absuelve al demandado por no haber lugar a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Hernán Salamanca. — José Antonio Montalvo. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

NULIDAD DE UN CONTRATO Y REIVINDICACION

El Código Judicial, en sus artículos 471 IN FINE, señala aquello a que debe ceñirse o circunscribirse la sentencia en cada caso, al extremo de que hay lugar a casación en el evento contemplado por el artículo 520, motivo 2º; y el artículo 593 requiere demostración plena y completa al referirse a los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, en cuanto fundamenten una decisión judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La Compañía de Mosaicos Hidráulicos, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, demandó al señor Jesús María Tobón para que se declare la nulidad del convenio solemnizado ante el Notario 4º de Bogotá por escritura Nº 3307, el 17 de diciembre de 1934, y para que se condene al demandado a entregarle con sus frutos los bienes que la Compañía ha de recuperar mediante esa declaración y que son los inmuebles determinados en ese instrumento y en el libelo de demanda.

Repartida al Juzgado 5º Civil de este Circuito y notificada el 13 de mayo de 1939, allí se tramitó la instancia y se falló en sentencia de 4 de mayo de 1942 que negó lo pedido y condenó al actor en costas. Este apeló y, surtida la segunda instancia en el Tribunal Superior, éste la revocó, decretó la nulidad demandada e hizo las demás declaraciones procedentes, en fallo de 29 de julio de 1944 contra el cual la parte demandada interpuso casación, recurso que, debidamente tramitado, aquí se decide.

En esa escritura de 17 de diciembre de 1934 el señor Tobón en nombre propio y el señor Luis Angel Rojas en representación de dicha Compañía como su liquidador, invalidaron la compraventa que ésta y Tobón habían celebrado por escritura Nº 424, otorgada en la Notaría de Facatativá el 28 de julio de 1927, según la cual Tobón le transfirió los varios bienes allí relacionados, y expusieron como motivo para invalidarla la carencia de dinero en que se hallaba la Compañía para cubrir al vendedor el documento por $ 79.301,15 que le había suscrito para pagarle el precio de esa compraventa. Advierten que de la invalidación se exceptúan los bienes que para entonces la Compañía ya había enajenado, los que determinan en el punto 7º de su escritura de invalidación. Esta se ha calificado de resiliación en varias piezas del proceso y los otorgantes la llamaron rescisión al pactarla, aunque en realidad es resolución, dado el motivo que manifestaron para proceder a ella.

El Juzgado negó, sin entrar en el fondo del asunto, por los defectos que halló para la comprobación de la personería del demandante. El Tribunal, que no halló esos defectos, ya por los nuevos comprobantes aducidos, ya también por la manera de considerar en sí esa personería, como adelante se verá, decretó la nulidad del convenio atacado, la devolución por Tobón a la Compañía de los aludidos bienes y el pago de sus frutos desde la contestación de la demanda, y declaró que el crédito mencionado a cargo de la Compañía y a favor del vendedor Tobón por $ 79.301,15 recobra su vigencia. Ordenó cancelar el registro de la escritura de 1934 y el de la demanda, y no hizo condenación en costas en ninguna de las instancias.

Tobón figura en el libelo como demandado único; pero, apenas iniciado el juicio se presentó como coadyuvante suyo su consorte, señora Concepción Faulhaber, alegando su interés en defender el patrimonio de la sociedad conyugal y, con él, su propia causa.

Al dictarse la sentencia del Tribunal ella interpuso casación. En seguida Tobón hizo otro tanto. El desistió ante la Corte y la señora insistió en su recurso que no sufrió las consecuencias de ese desistimiento, a pesar del empeño del abogado del demandante, por ser la coadyuvancia litisconsorcial. El recurso, pues, siguió tramitándose con la señora como recurrente único. Su apoderado presentó en oportunidad su demanda de casación y habló en la audiencia pública que solicitó al efecto.

Antes de entrar en el análisis de sus cargos, deben exponerse algunas consideraciones y estable-

cerse ciertos hechos que, por su trascendencia en relación con la personería y también por ser la clave del recurso y aún del pleito mismo, exigen que se les atienda previamente.

La razón cardinal de la sentencia recurrida para declarar la nulidad demandada está en que el prenombrado señor Luis Angel Rojas, que pactó con el señor Tobón el convenio ahora anulado, procedió como representante de la Compañía en su calidad de liquidador, y el Tribunal encuentra que no era el caso de considerar a la Compañía en estado de liquidación ni de proceder a nombrarle liquidador y que, tanto por esto, como por no haberse anunciado la disolución de la Compañía ni este nombramiento, ni registrado, cuanto por no haberse llenado los requisitos pertinentes, necesarios aún para quien hubiera sido efectiva y debidamente liquidador, ese convenio es nulo, entre otros motivos, por la ausencia de la Compañía, por la falta de su consentimiento.

La señora Faulhaber sostiene que ese liquidador sí tenía tal representación, con lo que ataca por su base el concepto del Tribunal y su decisión, y al propio tiempo ataca la personería del demandante, pues a la demanda procedió un abogado apoderado al efecto por un gerente de la Compañía, acerca de lo cual arguye la señora que no podía haber gerente estando ya de años atrás disuelta aquélla.

Lo sucedido a estos respectos fue lo siguiente:

La Compañía se constituyó por escritura Nº 277, ante el Notario 5º de Bogotá, el 19 de abril de 1918, cuya cláusula 3ª señala para su duración quince años.

La señora Faulhaber, como accionista, obtuvo del Juzgado 2º Civil de este Circuito el decreto de liquidación de la Compañía, disuelta por haber expirado ese plazo, en auto de 1º de agosto de 1934 que confirmó el Tribunal en el de 27 del subsiguiente septiembre. De ahí que la asamblea general de accionistas en sesión de 14 de diciembre de ese año nombrara liquidador, no sin advertir, como consta en el acta, que a esto procedía de modo provisional, mientras demostraba que no era el caso de liquidar la Compañía.

Al tercero día pactó con ese liquidador el señor Tobón la invalidación aquí controvertida. Como se vio, ella se ajustó en escritura de 17 de ese diciembre.

Y acontece que la asamblea general de accionistas en sesión de 5 de octubre de 1929 acordó reformar la de constitución de la Compañía en sus artículos 14 y 3º, y que en tal virtud el 12 de ese octubre se otorgó la escritura Nº 1768, Notario 5º, que así lo hizo, consignando aquella decisión en forma que dice que la sociedad durará quince años y agrega otros detalles exactamente iguales a los contenidos en la citada cláusula tercera de la escritura que se decía reformar así. Y, en sesión de tres de mayo de 1933, la asamblea general, observando que esa redacción de la nueva escritura no indicaba el punto de partida de los quince años en ella acordados, precisó que eran a contar de la fecha en que tal se dispuso.

El Tribunal procedió sobre esta base y, por lo mismo, hallando que en 1934, año de las providencias judiciales antedichas y del nombramiento de liquidador provisional y de otorgamiento de la escritura atacada en la demanda, estaba la Compañía en plena vigencia y marcha, pues faltaba aún la mayor parte del tiempo de prórroga acordada en 1929, llegó a la conclusión antedicha, y al propio tiempo consideró legítima la personería del actor por haberse comprobado que la asamblea general eligió gerente en su sesión de 26 de abril de 1939 a la persona que en tal calidad confirió poder al abogado que instauró en seguida el presente juicio. Se agrega desde ahora, para mayor claridad, que nuevo representante designado el 30 de enero de 1943, cuyo nombramiento se registró en la Cámara de Comercio, confirió poder para el juicio al abogado que estuvo representando a la Compañía desde la notificación, inclusive, de la sentencia de primera instancia hasta la llegada del proceso a la Corte, donde lo sustituyó.

Bien se ve que el problema cardinal está en si efectivamente la Compañía expiró al vencerse los quince años señalados para su duración al constituírla y, por tanto, la intervención en el pacto de 17 de diciembre de 1934 del prenombrado liquidador no adolece de los defectos de que el Tribunal deriva carencia de personería en él y de consentimiento de esa parte contratante en tal pacto, o si, reputándose ella prorrogada en 1929 por quince años, para cuando ese pacto se ajustó no había lugar a considerar disuelta la Compañía ni a que en su liquidación se pensase siquiera. Entre los términos de este dilema el Tribunal escogió este último.

Se anticipa concepto favorable a esta opción. La escritura de 12 de octubre de 1929 declara expresamente la intención de reformar en su artículo 3º la de 1918, artículo que en aquélla quedó redactado en términos exactamente iguales a los de ese artículo en la escritura que se decía reformar

cabalmente en esta estipulación. Si se entendiera que era mera repetición de lo consignado en la escritura de 1918 y que, por ende, los quince años siguieron siendo los mismos originariamente fijados, no tendría sentido ni alcance alguno aquel propósito de reformar y la nueva estipulación no sería capaz de producir efecto alguno, lo que hace inaceptable semejante interpretación ante el precepto del artículo 1620 del C. C.

En otras palabras: si la escritura de 1929 manifiesta desde su encabezamiento la intención de reformar el artículo 3º de la de 1918 y a tal fin procede en seguida declarando que la Compañía durará quince años, no puede entenderse que este lapso siguiera siendo el estipulado primitivamente.

Por vía de información se añade que la asamblea general decidió declarar disuelta la Compañía y proveer a su liquidación, sobre lo cual el 26 de junio de 1940 se otorgó la correspondiente escritura pública cuyo extracto se llevó a la Cámara de Comercio. Allí se proveyó a la liquidación en lo que hace a nombramiento de liquidador. El 30 de enero de 1943 se designó otro liquidador, de que se tomó nota en la Cámara. Este fue el nuevo representante de la Compañía a que se aludió ya aquí cuando se habló de que había nombrado nuevo abogado que actuó desde la notificación de la sentencia de primera instancia hasta la llegada del proceso a la Corte, donde sustituyó su poder.

Ahincadamente ha sostenido la señora Faulhaber que en la venta de 1927, en su invalidación de 1934 y en este pleito no hay sino maniobras de su marido contra la eficacia de los derechos de ella en la sociedad conyugal; de suerte que cuando para ello estimó adecuado que esos bienes no figuraran en su dominio, fingió traspasarlos a esa Compañía que es él mismo, porque las pocas acciones que no aparecen en sus manos son de dependientes e íntimos suyos en el número indispensable para fingir junta directiva y asamblea general, y cuando creyó desaparecido el peligro, los recuperó invalidando aquella venta; pero, eso sí, con irregularidades sobre las cuales hábilmente podía guardar silencio para dejar en pie esta recuperación o basar un pleito para anularla, si le resultaba preferible volver a la situación que creó en 1927, y como esto último fue lo que él halló conveniente, sobrevino este juicio en el que nada objetó al demandante y en que ostensiblemente concurrió a sus pretensiones ante el Tribunal al no obtener desde el Juzgado la sentencia que deseaba.

Por un lado el señor Tobón, a más de su plena capacidad legal para una enajenación anterior a la vigencia de la Ley 28 de 1932, pone de presente la circunstancia de que los aludidos bienes aparecen como de la sociedad conyugal por haberlos adquirido durante ella a título oneroso, pero son en rigor de verdad exclusivamente de él, porque en el movimiento de sus negocios vinieron a reemplazar bienes suyos que formaban el patrimonio que desde antes de casarse tenía formado por su propio esfuerzo.

Nada de esto puede ser materia de estudio y fallo aquí y ahora. El C. J. en su artículo 471 **in fine** señala aquello a que debe ceñirse o circunscribirse la sentencia en cada caso, al extremo de que hay lugar a casación en el evento contemplado por el artículo 520, motivo 2º; y el artículo 593 requiere demostración plena y completa al referirse a los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, en cuanto fundamenten una decisión judicial.

Así, pues, obligadamente la Sala ha de concretarse al análisis de los cargos formulados por el recurrente en su demanda de casación, a lo que para mayor claridad precede en el mismo orden en que se presentan.

I.—Infracción de los artículos 466, 469 a 472, 480 y 551 del C. C., 2º y 3º de la Ley 42 de 1898 y 40 de la Ley 28 de 1931.

El recurrente califica la infracción de **directa;** pero la hace consistir en errónea apreciación de las pruebas, que califica de insuficientes, con que el Tribunal da por acreditada la existencia de la Compañía. El cargo se refiere principalmente a que no vino al proceso el ejemplar del periódico en que se publicara el extracto de la escritura de fundación de la Compañía y a qué respecto de la prórroga no vino la escritura de 1929, sino sólo el certificado de la Cámara de Comercio.

Se considera: en este litigio no se ha contendido sobre que la Compañía Mosaicos Hidráulicos se constituyera efectivamente, y esta consideración bastaría para hallar improcedente el reclamo referente a la fundación de esa sociedad, acerca de lo cual obra la escritura misma, a más de otros comprobantes. Según el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, "para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, bastará un certificado..." La constitución de la Compañía se comprobó en la forma dicha desde la demanda inicial, a la que el actor acompañó aquella prueba para acreditar su personería. Sobre todos los demás actos e instrumentos sociales aquí aludi-

dos obran sendas certificaciones de la Cámara. Como se ve, el cargo es inadmisible.

A mayor abundamiento, la parte demandante trajo certificación del director del periódico aludido, en que expresa que se hizo la publicación, la que transcribe, y agrega que la edición, ya remota, se agotó, por lo cual no puede suministrar un ejemplar. Los reparos del recurrente a esta prueba no fundamentan un cargo en casación, entre otras razones porque, aunque se hallaran suficientes para rechazarlas, seguirían en pie las demás pruebas antedichas.

II.—Violación directa de los artículos 465, 532, 537, 538, 540 y 551 del C. Co. y 2124 del C. C., porque, a pesar de haberse disuelto la Compañía, según esas disposiciones, al vencerse los quince años señalados para su duración al constituírse en 1918, el Tribunal la da por existente con posterioridad al vencimiento de ese plazo.

Para rechazar el cargo basta poner de presente que, como ya queda visto aquí, la Compañía se prorrogó en 1929 por quince años. Así pues, para 1934 se la dio por disuelta equivocadamente, ya que este concepto obedeció a que las providencias judiciales de 1934 sobre disolución y consiguiente liquidación tuvieron por base el solo cómputo de los quince años primitivos, o sea, los que comenzaron con la fundación de la Compañía el 19 de abril de 1918.

III.—Violación directa de los artículos 1602, 1603, 1625, 1502, 1505, 1524 y 1757 del C. C. y 182 del C. Co., por haberse anulado el convenio de 17 de diciembre de 1934, a pesar de haber representado debidamente en él a la Compañía su liquidador y de que lo que hace el representante produce para el representado el mismo efecto que si hubiera obrado por sí mismo.

Inadmisible el cargo, a la luz de lo que aquí queda visto sobre que los autos de 1934 que, reputando vencido el plazo al expirar los quince años estipulados en 1918, dieron la Compañía por disuelta, sin estarlo, como repetidamente se ha dicho aquí. Parece que eso se debió a que Juzgado y Tribunal no tuvieron a la vista la escritura de 1929 sino sólo la de 1918. Fuera por este motivo o no, ello es que para cuando esas providencias se dictaron y sobre ellas se nombró liquidador, no sin advertir que era provisional por mientras ellas se infirmaban, estaba en marcha la Compañía por hallarse en curso los quince años de prórroga convenidos en 1929.

Otro cargo del recurrente es el de violación de los artículos 471 y 593 del C. Co. por haber aducido el Tribunal, como uno de los fundamentos de su decisión, la simulación de los convenios ajustados entre Tobón y la Compañía y por haber acogido como prueba suficiente de aquélla el dicho de Tobón ante el Tribunal. Acerca de este cargo basta observar que, aunque se aceptase, no por ello habría lugar a casar la sentencia, porque es sólo uno de sus soportes, y los restantes, que son los ya estudiados, quedan sosteniéndola, al punto de que bien hubiera podido el Tribunal prescindir de esa confesión y de ese argumento que, de otro lado, no los trae a colación sino como refuerzo adicional de sus razonamientos de fondo.

La violación del artículo 1757 del C. C., a que vuelve el recurrente como final de su alegato, no es cargo aceptable tampoco, porque consiste en que la carga de la prueba de ser real y efectivo el convenio de 1934 es del demandante y no del demandado, al decir del recurrente; y la razón del fallo recurrido no está en que la señora Faulhaber suministrara o dejara de suministrar pruebas al respecto, sino en que esa convención se celebró por quien, careciendo de representación de la Compañía, no podía pactar por ella y en que, por tanto, faltó allí el consentimiento de una de las partes.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA DE UN INMUEBLE

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Justina y María Josefa López incoaron juicio ordinario para que se declare que por prescripción extraordinaria han adquirido el dominio del inmueble ubicado en Cali y alindado como expresa la demanda, la que dirigen contra ese Municipio, representado por su Personero, porque ellas "no reconocen persona alguna como interesado o con derecho sobre el inmueble".

Se repartió al Juzgado 1º Civil de ese Circuito, quien la admitió. El Personero la contestó el 25 de enero de 1938 negando los hechos fundamentales, oponiendo las excepciones señaladas en los artículos 329, 343 y 344 del C. J., advirtiendo que sólo plenamente probados aquellos hechos podrá asistir a las actoras el derecho que pretenden y manifestando que se opone "para el evento posible de que tenga interés el Municipio, ya porque el terreno de que se trata resulte ser ejidal o de su patrimonio, o porque se trate de bienes a que se refiere el artículo 5º de la Ley 120 de 1928 que esté en el deber de defender".

Oportunamente se presentó como opositor el señor Pío López obrando por sí y para la sucesión de su finada esposa María de Jesús Torres de López y la sociedad conyugal disuelta con su muerte. Acompañó, entre otros documentos que adelante han de citarse, el plano de la finca total pretendida por las López, el que indica que aquélla se dividió materialmente adjudicando parte al opositor, parte a Paulino López, la que después aquél agregó a la antedicha, y sendos lotes a los herederos de Avelina y de Juan Nepomuceno López, para advertir que su oposición versa sobre lo suyo y no sobre estos dos últimos lotes, que respectivamente son hoy los de Justina, como heredera de Avelina, y de María Josefa, hija de Nepomuceno. Ese plano indica la división material hecha en 1931 en el juicio divisorio protocolizado en la Notaría 1ª de Cali con el Nº 141, 1º de marzo de 1932.

Aceptada la oposición, se tuvo a López como demandante y se dio traslado de su demanda a las López, quienes respondieron insistiendo en su pretensión inicial. A estas personas quedó concretado el litigio, como lo sugiere lo antedicho y lo confirma lo que se verá adelante. Así lo hace presente el Procurador Delegado en lo Civil al recibir el proceso en traslado en la Corte.

Para mayor claridad se anticipa este relato de los antecedentes:

El señor Manuel Joaquín Martínez compró la finca total por escritura Nº 199, ante el Notario 2º de Cali el 12 de agosto de 1856. En su causa mortuoria, que con retardo por haber muerto él el 19 de abril de 1899, no vino a protocolizarse hasta el 20 de agosto de 1928 por instrumento Nº 1385 de la Notaría 1ª de Cali, y en la cual esa finca se inventarió el 8 de julio de 1902, quedó ella adjudicada en común y por igual entre sí a sus ocho colaterales que fueron sus herederos, en esta forma: en la persona de Pío López, las cinco octavas partes de los cinco herederos de que era cesionario, y una octava parte a cada uno de los herederos Paulino, Juan Nepomuceno y Avelina López.

Por demanda de Pío López contra sus condueños presentada el 12 de noviembre de 1929 se siguió juicio divisorio de esa finca total, en el que se decretó, sin oposición ni reclamo, la división material de esa finca a la que se procedió en la forma que consta en el plano ya citado. El trabajo del partidor se aprobó en sentencia de dos de octubre de 1931. Como ya se dijo, el expediente se protocolizó el 1º de marzo de 1932.

En la mortuoria de Luis Paulino López, protocolizada con el Nº 576 en dicha Notaría 1ª el 19 de septiembre de 1933, consta que Pío López adquirió el lote que en esa división material se había adjudicado a este causante.

Este lote es contiguo al que ya tenía Pío por sus primeras cinco octavas partes en la esquina de la carrera 2ª con la calle 13.

Con el de Paulino completó lo que hoy defiende como suyo.

El plano indica que a continuación queda el lote adjudicado a Avelina López, de quien es hija y heredera la demandante Justina, y que por último, en seguida de ese, queda el lote de Juan Nepomuceno López de quien es hija y heredera la demandada María Josefa.

Tramitada la primera instancia, se cerró con el fallo de 28 de agosto de 1939 que desoye la oposición de Pío López acogiendo las excepciones de ilegitimidad de su personería y de petición de modo indebido, y que niega las peticiones de las demandantes, acogiendo la excepción de carencia de acción propuesta por el Personero Municipal.

Las excepciones relativas a López las deriva el Juzgado de no estar comprobada la sociedad conyugal para quien habla y su estado de liquidación. El Tribunal se apartó de ese concepto, tanto por no compartir algunas de las opiniones del Juez, cuanto por haber venido al proceso nuevas pruebas. La partida de matrimonio indica que el 15 de abril de 1899 se casaron Pío López y María de Jesús Torres (Cuaderno 1º, folio 28), y esta señora murió el 11 de septiembre de 1937 (Cuaderno 6, folio 3).

El apoderado de Pío López y el de las demandantes Justina y María Josefa apelaron del fallo del Juzgado. El Tribunal Superior de Cali una vez tramitada la segunda instancia, la decidió el 28 de noviembre de 1944 revocando la del Juzgado, declarando fundada la oposición de Pío López y no haber lugar a lo pedido por Justina y María Josefa López e infundadas las excepciones de ellas y del Personero Municipal, así como la oposición de éste. Sin costas.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el apoderado de las López. Preparado el recurso debidamente, hoy se decide.

La razón fundamental de la sentencia recurrida está en que no puede legalmente conceptuarse que las López hayan poseído la finca total a que aspiran, esto es, que la hayan tenido materialmente con ánimo de dueñas, con exclusión de toda otra persona, sin reclamo de nadie por el tiempo mayor de treinta años que ellas afirman. Esta imposibilidad quedó determinada para el Tribunal por los hechos ya relatados aquí como antecedentes, entre los cuales se destacan éstos: está reconocido por los litigantes que la finca total de que se trata perteneció al señor Manuel Martínez desde que la compró en 1856 hasta su muerte, acaecida en 1899; en su causa mortuoria se adjudicó en común, por octavas partes, a las personas aquí ya nombradas; en juicio divisorio, iniciado en 1929 y terminado en 1932, se partió esa finca total materialmente como también aquí ya se dijo, y en estas causas intervinieron, a tales adjudicaciones concurrieron y en todo ello convinieron las demandantes López o las personas de quienes ellas derivan sus derechos. Para ellas tiene toda su fuerza legal lo sentenciado para aprobar la partición en esos dos juicios, el mortuorio y el divisorio.

Y por todo ello quedó creada una situación que impide reputarlas poseedoras de la finca que hoy pretenden por todo ese tiempo, y como sobra decirlo, el transcurrido de entonces a acá o, más claramente, a partir de esa partición material, no alcanzaría al lapso exigido por la ley para la prescripción adquisitiva, aunque durante éste se las pudiera tener, a pesar de lo antedicho, por poseedoras del todo.

Comprobantes de la índole indicada prevalecen sobre el dicho de testigos que afirman la posesión exclusiva de las López sobre la finca total desde su nacimiento. De ahí que el Tribunal no se guiase por la prueba testimonial, sobre la cual se anticipa, además, que los testigos no están acordes sobre la exclusividad mencionada, pues aseveran, varios de ellos, que junto con las López han ocupado esa finca otras personas. Y es de esta ocupación, habitándola, de donde ellas derivan o en lo que principalmente hacen consistir su posesión.

El recurso

Se invoca el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. y dentro de él se formulan estos cargos:

I.—Violación de los artículos 762, 779, 2512 y 2518 del C. C.

El 762 define la posesión como tenencia con ánimo de dueño. Si ninguno de estos dos elementos obra en favor de las López respecto de la totalidad del inmueble, al hallar esto así el Tribunal, no incurrió en ese quebranto. El 779 mira hacia una comunidad dividida para establecer que cada cual se reputa haber poseído exclusivamente por todo el tiempo de la indivisión lo que la división le adjudica, en lo que se ve completa analogía con el artículo 1401. No se ve el quebranto de este precepto, siendo así que el Tribunal, por lo que respecta a las López, lo que niega es el reconocimiento de que hayan poseído lo adjudicado a otros. El 2512 define la prescripción como un modo de adquirir las cosas por haberlas poseído y de ex-

tinguir las acciones y derechos por no haberlos ejercitado durante cierto tiempo y "concurriendo los demás requisitos legales"; y el 2518 dice que se gana por prescripción el dominio de lo que se ha poseído con las condiciones legales. El Tribunal negó la prescripción invocada por las López, en fuerza de no haber poseído ni poderse reputar que poseyeran lo que al dividirse la comunidad se adjudicó a personas distintas de ellas y de sus causantes.

No prospera pues este grupo de cargos.

La demanda de casación se detiene a discurrir sobre si la prescripción cabe o no entre comuneros y opta por la afirmativa para deducir de ahí que, a pesar de haber habido una comunidad, las López prescribieron por haber poseído toda la finca con exclusión de los demás. Lo antedicho sobre el juicio de sucesión y el de división material y sobre el alcance de las sentencias aprobatorias de partición en uno y otro, hace ver cuán inoficioso sería estudiar aquí aquel problema, puesto que, cualquiera que sea su solución, esas circunstancias, esos antecedentes obligan a rechazar las afirmaciones de las López.

II.—Quebranto del artículo 2531 del C. C. por falta de apreciación de la prueba testimonial, porque un número plural de testigos acredita las afirmaciones de las López y el Tribunal, a pesar de eso, les desconoce la consecuencial prescripción.

Este cargo es inadmisible por lo ya dicho, o sea, en suma, que esos testimonios, aunque fueran intachados y completos en el sentido de afirmar cuanto las López aseveran, no pueden desvirtuar lo que legalmente significan los dichos juicios y sentencias y particiones.

III.—Violación directa de los artículos 1740, 1741 y 1760 del C. C. y 15 de la Ley 95 de 1890. El Tribunal, a manera de refuerzo de sus reflexiones sobre que las López no han ejercido la posesión en que fundan su demanda, citó el documento privado que otorgaron a favor de Ernesto López en que dicen renunciar al usufructo que se habían reservado de lo que le vendieron y tomárselo en arrendamiento. La venta se la hicieron por escritura Nº 866 de 16 de septiembre de 1924 y el documento está fechado el 5 de enero de 1925. Se dicen violadas aquellas disposiciones, porque el Tribunal debió hallar y aún declarar de oficio la nulidad de una renuncia de usufructo de inmueble hecha por documento privado, el que debió, por otra parte, desoir.

Se considera: el pleito no ha versado en manera alguna sobre ese usufructo. Conservado él por las López y no declaradas arrendatarias, habrían sido meras tenedoras también, según el artículo 775 del C. C. El argumento del Tribunal relativo a estos detalles es meramente incidental e iterativo, al punto de que, aunque se aceptaran las argumentaciones del recurrente, ello no incidiría en casación, porque la sentencia conservaría, para sostenerse, sus demás soportes referidos, que son decisivos y de fondo.

No prospera tampoco, pues, este otro grupo de cargos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario.

NULIDAD DEL JUICIO POR ILEGITIMIDAD EN LA PERSONERIA DE UNA DE LAS PARTES

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

1.) Por escritura pública número 644 de 20 de octubre de 1937, de la Notaría Primera del Circuito de Neiva, Gabriel Tovar Herrera vendió a Juan B. Herrera, por la suma de $ 1.500.00, que el vendedor declaró recibidos a su satisfacción, los siguientes bienes: a) Un lote que hacía parte de la extinguida comunidad de "El Guásimo", con una extensión de 17 hectáreas con 1042 metros cuadrados; b) Cuarenta hectáreas de las setenta compradas por Nepomuceno Tovar a Luciano y Ricardo Perdomo en el lote número 30 de la misma comunidad; c) Una isla entre el río Arenoso y el Brazuelo Viejo y un lote de ganado vacuno. Los inmuebles fueron debidamente determinados por sus linderos.

2.) El señor José Gabriel Tovar Herrera, otorgó testamento cerrado, el cual fue abierto por el Juez 1º del Circuito de Neiva y protocolizado por medio de la escritura pública número 242 de 26 de abril de 1940 de la Notaría Primera del Circuito de esa población. Por tal instrumento Tovar instituyó como su única y universal heredera a su hermana María de Jesús Tovar, hija del segundo matrimonio de su padre con María de la Cruz Narváez. Entre las disposiciones testamentarias merece destacarse la declaración hecha por el testador en la cláusula cuarta que dice:

"Declaro que el señor Juan B. Herrera me hizo firmar, a su favor, una escritura de venta de mi finca rural descrita en la cláusula tercera de este testamento, pero hasta ahora no me ha pagado ni un centavo como precio de dicha venta. Yo no he intentado acción judicial alguna contra el citado señor Herrera por temor, debido a la influencia que ejerce sobre mí como tío y sólo me atrevo a hacer esta declaración en testamento cerrado. Aquí en Neiva muchas personas saben que yo vivo en la miseria porque los arrendatarios de la casa de habitación situada en esa ciudad y citada en la cláusula tercera de este testamento, de acuerdo con el contrato celebrado por el señor Herrera, sólo me suministran la alimentación como precio del arrendamiento y el mismo señor Herrera sólo me da de vez en cuando una muda de ropa. Yo no tengo dinero y los gastos de este testamento los hace la señora María de la Cruz Narváez vda. de Tovar, segunda esposa que fue de mi padre Nepomuceno Tovar T."

3.) Pocos días antes de morir el mismo José Gabriel Tovar H., había otorgado poder especial al doctor Alberto López Herrera, para demandar la resolución del contrato de compraventa ya mencionado, por falta de pago del precio. Este poder fue presentado en la habitación de Tovar, al portero escribiente del Juzgado, debidamente autorizado por el secretario del despacho.

4.) El 8 de octubre de 1940, María de la Cruz Narváez de Tovar, por medio de apoderado y en representación de su hija menor de edad María de Jesús, presentó demanda ordinaria contra Juan B. Herrera, para que se declarase a favor de la mortuoria ilíquida de José Gabriel Tovar, la resolución del contrato de compraventa consignado en la escritura número 644 atrás citada, por falta de pago del precio y que, como consecuencia de tal declaración, se ordenara la cancelación de la inscripción del citado instrumento en la oficina de registro correspondiente, quedando la sucesión de José Gabriel Tovar, restituída en el dominio de esos bienes. Solicitó además, que se condenara al demandado a pagar a la representante de la sucesión los frutos materiales y civiles de los bienes vendidos que hubiere percibido el demandado desde el día en que entró en posesión hasta cuando los restituya en la forma pedida.

5.) En los hechos enumerados como fundamento de la demanda figura que el comprador Herrera, contra lo declarado en la escritura número 644, no cubrió el precio de la venta; que el vendedor era una persona de escasas facultades mentales, de constitución orgánica débil, que lo hacía incapaz para cualquier trabajo o actividad, que vivía ale-

jado de las gentes y recluído en una pieza de la casa que había obtenido junto con el predio vendido a Herrera, por herencia de su padre. Que el comprador había ejercido la representación de Tovar, habiéndole dado en arrendamiento a Carmela Rivera la casa que aquél poseía, por la suma de $ 17 mensuales, que la Rivera pagaba asistiendo a Tovar en la alimentación y arreglo de ropa. Que Tovar vivía en situación de extrema pobreza y de absoluta desidia personal, víctima del paludismo y la anemia, y que como consecuencia de ese estado y de la carencia de todo recurso, murió en el hospital de Neiva, esperando que su comprador le cubriera el precio de la finca agrícola que le había transmitido, y que no había sido pagado a pesar de los repetidos y constantes cobros. Que por todo esto, Tovar resolvió instituir a su hermana como heredera, a fin de que ella iniciara la acción correspondiente, lo cual también intentó realizar el causante dando poder como atrás se dijo.

6.) El apoderado de la actora expresa en su demanda, que acompaña la partida de nacimiento de la menor María de Jesús y la partida de defunción del testador José Gabriel Tovar. Pero la primera no aparece de autos.

7.) La demanda fue notificada al señor Juan B. Herrera, quien la contestó negando todos los hechos y tachando de nulo el testamento. Además, dice que "niega también la existencia legal de la supuesta heredera, a quien la demandante dice representar". En esta forma velada se objetó la capacidad para comparecer en juicio de la señora Narváez de Tovar, en representación de su hija, es decir, se alegó contra la personería adjetiva.

Igualmente propuso el demandado las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, sin expresar su fundamento; la de petición de un modo indebido y la de falsedad del testamento. Como no se presentaron excepciones dilatorias, el juicio se abrió a prueba y cumplidos todos los trámites de ley, el señor Juez del conocimiento puso término a la instancia, negando las peticiones de la demanda, por considerar que no estaban probados los hechos que la fundamentan y absolviendo, como consecuencia, al demandado de los cargos propuestos. El apoderado de ella demandó e insistió de nuevo en su alegato de conclusión en que no se había demostrado que la heredera instituída en el testamento es la misma hija de la demandante. Es decir, sostuvo que no existía la prueba indispensable para que la señora Narváez de Tovar pudiera hablar en nombre de la menor.

La sentencia recurrida

Interpuesto por el representante de la actora el recurso de apelación, el juicio subió al Tribunal Superior de Neiva, el cual falló el pleito con la declaración de estar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, que condujo al sentenciador a absolver al demandado. La anterior consideración sirvió de base para revocar la sentencia del inferior por no haberse tenido en cuenta al fallar dicha excepción.

La sentencia fue firmada con salvamento de voto de uno de los magistrados, que consideró que la señora Narváez de Tovar no reclama para su hija derecho alguno que se desprenda de su carácter de madre legítima de la actora. Se trata, dice el magistrado al fundamentar su salvamento de voto, de representar en el juicio a una menor y por lo mismo de una personería adjetiva. Si la menor no estuvo bien representada en el pleito, ello constituiría una nulidad de lo actuado por falta de personería, que ha debido alegar en las instancias de la litis, o proponerse en su tiempo la excepción dilatoria del caso.

El recurso de casación

Por medio de apoderado la demandante interpuso el recurso de casación, el cual diligenciado en forma legal, pasa a ser decidido por la Corte.

Ataca la sentencia el recurrente con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J., por violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 330 y 332 del C. J. que considera disposiciones de carácter sustantivo y los artículos 1155 y 1625 del C. C.

De autos aparece:

a) Que el señor José Gabriel Tovar instituyó como su heredera universal a su hermana María de Jesús Tovar, hija de María de Jesús Narváez y Nepomuceno Tovar;

b) Que siendo la heredera María de Jesús menor de edad y necesitando comparecer en juicio conforme lo establece el testamento, para demandar la resolución del contrato de compraventa celebrado entre su causante y Juan B. Herrera, su madre otorgó poder al doctor Alberto López Herrera, quien presentó la correspondiente demanda acompañando a ella copia del testamento donde

se instituye a María de Jesús heredera y se indica quién es su representante legal. Aquí también aparece la partida de defunción del causante y dos declaraciones de nudo hecho en las cuales se establece la identidad de nombres entre María de Jesús y Tutú, sobrenombre con el cual se le designaba familiarmente, y se sostiene que es hija única de María de Jesús Narváez de Tovar.

c) En la contestación de la demanda Juan B. Herrera niega la legitimidad del testamento, pero acepta la defunción del causante y que éste era hermano de María de Jesús, hija de la señora Narváez de Tovar.

d) Tanto al contestar la demanda, como en los alegatos de primera y segunda instancia, el apoderado del demandado objetó la representación de la menor en el juicio, por considerar que la señora Narváez de Tovar ha debido acreditar su carácter de madre de la menor, el nacimiento de ésta para demostrar su edad y la muerte del esposo que la faculta para ejercer la patria potestad.

El recurrente hace un estudio de los elementos que constituyen la excepción perentoria y su diferencia con la dilatoria. La primera va al fondo de la cuestión, la constituye todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió en oposición a la excepción dilatoria, que sirve para suspender o mejorar el procedimiento.

Los artículos 330 y 332 del C. J., consagran como excepción dilatoria la de ilegitimidad de la personería y ocurre respecto del apoderado y demás personas que gestionan a nombre de otra, para que acrediten su representación. Se trata, pues, de una mera deficiencia adjetiva en la representación judicial. Cometió error el Tribunal, dice el recurrente, al considerar esa carencia de personería adjetiva como causal de extinción del derecho hereditario.

El arbitrio legal, continúa el recurrente, indicado por el demandado frente a esa por él invocada deficiencia de la personería de la parte demandante, era el de haber promovido oportunamente, en las instancias del juicio, la nulidad a que hubiera lugar. Mas como no se promovió este incidente y la jurisdicción es prorrogable esa hipotética nulidad quedó plenamente saneada, a virtud de lo previsto en el numeral primero del artículo 449 del C. J., en concordancia con el ordinal 2º del artículo 448 de la misma obra. Tal deficiencia no habiéndose invocado en tiempo, no puede ser luego materia de casación.

En consecuencia, continúa el autor del recurso, son leyes sustantivas las que instituyen y precisan la naturaleza de las excepciones perentorias y de las nulidades igualmente sustantivas y aquellas que determinan sus efectos, ya que estos preceptos legales no regulan el procedimiento o secuela de los juicios, sino definen los derechos de las partes o consagran las causales de su extinción.

Considera, por último, violado el artículo 1155 del C. C., que estatuye que los herederos "representan la persona del testador para sucederle en sus obligaciones y derechos transmisibles". Que en el caso de autos, la demandante, representa a su causante en el derecho de pedir la resolución del contrato de compraventa y al desconocerle tal derecho por una circunstancia que en nada lo afecta, constituye una violación de aquel texto legal. Señala también como violado el artículo 1625 del C. C. y sus concordantes, que consagran los modos de extinción de las obligacoines, entre los cuales no está la carencia de personería adjetiva en el juicio.

La Corte considera

Como se expresó en otro lugar, el presente juicio fue instaurado por el doctor López Herrera, con poder de la señora Narváez de Tovar, quien dijo obrar como madre de la menor María de Jesús, instituída heredera en testamento otorgado por José Gabriel Tovar. Se acompañó a la demanda una prueba sumaria para establecer la identidad de dicha heredera, quien es conocida familiarmente con el nombre de Tutú, circunstancia que también se hizo constar en el acto testamentario, pero no se presentó la prueba que justificaba la presencia de la madre en el juicio, otorgando poder para representar a su hija, por haber fallecido su esposo y ser ésta menor de edad. Tales pruebas son la partida de matrimonio de los padres, la de nacimiento de la hija y la de defunción del esposo.

El demandado, confundiendo la legitimación para obrar, o sea la facultad que tiene el titular de un derecho para actuar en un juicio dado, con la capacidad para comparecer en juicio, en representación de otra persona, alegó como falta de legitimación en causa, la carencia de la prueba del estado civil, necesaria para demostrar la facultad que la madre legítima tenía para obrar en nombre de su hija menor, por muerte de su marido.

En este mismo error incurrió el Tribunal de Neiva al fallar el litigio absolviendo al demanda-

do por ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, cuando en su lugar y antes de entrar a fallar ha debido poner en conocimiento de la parte mal representada la nulidad del caso al tenor del artículo 455 del C. J.

La Corte ha dicho al respecto: "La ilegitimidad de personería que en unos casos puede oponerse preventivamente como excepción dilatoria y en otros puede determinar la anulación de lo actuado de acuerdo con los artículos 332 y 450 del C. J., mira a la capacidad de las partes para litigar, según se trate de persona natural **sui juris** o **alieni juris**, y haya o no apoderado, y habiéndolo sea satisfactoria o no la extensión del mandato; según el representante legal haya justificado o no serlo, o ceñídose o no a las lindes respectivas, según al tratarse de sociedad, corporación, institución, etc., se haya acreditado o no la calidad de quien por ella comparezca o haya actuado diciéndose su gerente, síndico, etc., y según las cláusulas de la escritura social o de los estatutos o de las correspondientes disposiciones legales que señalen sus atribuciones". (G. J. Nº 1937, página 408).

La solución del litigio en la forma en que lo hizo el Tribunal, desconoce el carácter de heredera de la Tovar y por ende el derecho de demandar en nombre del causante y para la herencia de éste, la resolución del contrato de compraventa.

La falta de la prueba del estado civil que echa de menos el Tribunal como necesaria para acreditar el derecho de la madre para obrar por su hija, lo llevó a desconocer el testamento y el carácter con que actúa la menor en el juicio, condenándola a la pérdida del pleito, por una cuestión adjetiva, como es la calidad en que obra la madre al dar poder para representarla.

Las razones que se dejan expuestas han llevado a la Sala a quebrar la sentencia, pero antes de dictar el fallo que ha de reemplazar el del Tribunal, debe como juez de instancia, cumplir con lo dispuesto en el artículo 455 del C. J., que ordena poner en conocimiento de la parte mal representada, la nulidad del juicio, consistente, en el presente negocio, en no estar debidamente acreditada la personería de la señora María de la Cruz Narváez de Tovar para obrar en nombre de María de Jesús Tovar, cuya edad, tampoco está acreditada.

La providencia del caso se notificará personalmente a la señorita María de Jesús Tovar, si ya fuere mayor de edad, y en caso contrario, a quien acredite ser su representante legal.

Sentencia

En consecuencia, 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, dispone:

Primero.—Casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, con fecha 13 de octubre de 1945, en el juicio seguido por María de la Cruz Narváez de Tovar, contra Juan B. Herrera en representación de María de Jesús Tovar.

Segundo.—Poner personalmente en conocimiento de la parte mal representada, la causal de nulidad de que se ha hecho mérito.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la G. J. y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION.—SU ALCANCE.

Como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, la causal de casación establecida en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es, ante todo, la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, con ocasión de errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate o de falta de apreciación de las mismas; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral.

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

(Magistrado ponente:
Doctor Pedro Castillo Pineda).

Antecedentes:

En libelo de fecha 25 de marzo de 1940, el señor José Ramón Mendoza Daza, por medio de apoderado presentó demanda ordinaria contra los señores Víctor Ruiz Mora y Joaquín Rodríguez Chiari, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª — Víctor Ruiz Mora está obligado a pagar a Mendoza Daza, al ejecutoriarse el fallo, la mitad de los beneficios obtenidos por el primero con el uso que ha venido haciendo, desde el día 26 de enero de 1937, en adelante, de la marca de fábrica **"Neumo-septina Lyr"**, de propiedad de ambos, con los intereses legales correspondientes;

"2ª — Víctor Ruiz Mora está obligado a pagar a Mendoza Daza, al ejecutoriarse el fallo, la tercera parte de los beneficios obtenidos por el primero con el uso que ha venido haciendo, desde la misma fecha antes citada, en adelante, de la patente de invención, de propiedad de ambos, número 3220, con los intereses legales correspondientes;

"3ª — Víctor Ruiz Mora y Joaquín Rodríguez Chiari están obligados, solidariamente, a rendir a Mendoza Daza cuentas del producido de la explotación del producto **"Neumo-septina Lyr"**, y pagarle a Mendoza Daza el saldo que resulta a su favor conforme a lo ordenado en las dos peticiones anteriores, a partir del día 20 de enero de 1937, con los intereses legales, según se ha dicho;

"4ª — José Ramón Mendoza Daza, como condueño de la marca y patente del producto **"Neumo-septina Lyr"**, tiene derecho a usar dicha marca y explotar dicha patente, independientemente de Ruiz Mora y Rodríguez Chiari, desde el día en que éstos le cubran o deban cubrir sus participaciones, conforme a lo ordenado, en adelante;

"5ª — Los demandados deben pagar las costas del juicio".

Sirvieron de fundamento a esa demanda los siguientes hechos:

"1º — El día 5 de enero de 1937 los señores Víctor Ruiz Mora, Manuel Antonio Luque Peña y José Ramón Mendoza Daza, solicitaron para los tres y obtuvieron para los tres privilegio exclusivo por diez años para la patente consistente en la fórmula de unas inyecciones, que son las que constituyen el producto farmacéutico denominado **"Neumo-septina Lyr"**, patente que se halla vigente bajo el número 3220 de fecha 31 de mayo de 1937. Para comprobar este hecho acompaño el número 23.529 del **Diario Oficial** en que aparece publicada dicha patente.

"2º — El día 26 de enero de 1937, por medio de la escritura pública número 185 de esa fecha, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, los doctores Luque Peña y Ruiz Mora formalizaron con el señor Joaquín Rodríguez Chiari el contrato que allí consta, para la explotación del mismo producto patentado según se dijo antes. Para acreditar este hecho acompaño copia de la mencionada escritura.

"3º — El día 8 de marzo de 1937 el doctor Luque Peña, por medio del contrato protocolizado en la escritura pública número 421 de 1º de marzo de 1938, Notaría Segunda de Bogotá, cedió al doctor Ruiz Mora todos sus derechos sobre el uso de la patente de la **"Neumo-septina Lyr"**. Para acreditar esto, acompaño copia de dicha escritura, que nunca fue registrada.

"4º — El día 25 de junio de 1937 Ruiz Mora y Mendoza Daza solicitaron para los dos exclusivamente y obtuvieron para los dos exclusivamente el registro de la marca **"Neumo-septina Lyr"**, por el término de diez años, el cual les fue concedido por el certificado número 11086 de 28 de septiembre de 1937, pu-

blicado en el **Diario Oficial** número 23.655, que acompaño como prueba.

"5º — Desde septiembre de 1936 se formó entre Ruiz Mora, Luque Peña y Mendoza Daza una asociación para fabricar y vender el mencionado producto **"Neumo-septina Lyr"**, de propiedad de los tres, asociación de la cual fue gestor Ruiz Mora.

"6º — Mientras Luque Peña estuvo en la asociación Ruiz Mora pagó a Mendoza Daza las participaciones que a éste correspondían, en proporción a los derechos de cada uno en la patente del producto.

"7º — Mendoza Daza recibió, en esa proporción, la participación que le correspondió por la venta hecha a Rodríguez Chiari según la cláusula 3ª de la escritura número 185 de 1937, de la Notaría Segunda atrás mencionada.

"8º — Al retirarse Luque Peña, el negocio quedó por cuenta de Ruiz y Mendoza, bajo la base de repartir los beneficios por partes iguales, como condueños.

"9º — Ruiz Mora ha venido explotando sin interrupción ese negocio, por conducto del señor Rodríguez Chiari y conforme al contrato referido, a partir del 26 de enero de 1937, según lo reconoce Ruiz Mora al contestar la pregunta quinta del pliego de posiciones absueltas por él ante el Juzgado 8º Civil de este Circuito el día 19 de octubre de 1939, pliego del cual acompaño copia para que se tenga como prueba en lo que favorezca a Mendoza Daza.

"10º — Ruiz Mora no ha pagado a Mendoza Daza, a partir del primer negocio con Rodríguez Chiari en enero de 1937, las participaciones correspondientes, salvo pequeñas buenas cuentas que le dio en el curso del año de 1937 en que estuvieron asociados los dos exclusivamente, según aparezca de los libros del Laboratorio y de los recibos firmados por Mendoza.

"11º — Las operaciones, hechas entre Ruiz Mora y Rodríguez Chiari sobre ventas del producto **"Neumo-septina Lyr"** constan en los libros registrados de la Droguería Nacional, de propiedad de Rodríguez Chiari.

"12º — Ruiz Mora y Mendoza Daza continuaron trabajando juntos, como asociados, hasta el día 6 de diciembre de 1937, fecha en que el primero excluyó al segundo del negocio, para continuarlo él solo".

La demanda fue admitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, y ordenados los traslados de rigor, los demandados los contestaron en la forma como aparece de autos.

Adelantado el juicio con las formalidades de rigor, el señor Juez Quinto lo decidió en sentencia que lleva fecha diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y dos, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"1º — Niéganse las declaraciones solicitadas por el señor José Ramón Mendoza Daza en la demanda principal, y por consiguiente, absuélvese a los demandados Víctor Ruiz Mora y Joaquín Rodríguez Chiari de los cargos formulados en ella; y

"2º — Niéganse las declaraciones solicitadas por el señor Víctor Ruiz Mora en la demanda de reconvención, y por consiguiente, absuélvese a José Ramón Mendoza Daza de los cargos formulados en ella.

Sin costas".

En contra del fallo precedente ambas partes interpusieron recurso de apelación para ante el superior, quien después de observar las ritualidades propias de la segunda instancia, en sentencia de fecha cinco de septiembre del año pasado, lo decidió así:

"1º — **Confírmase** en todas sus partes la sentencia apelada, con excepción de lo resuelto en relación con la súplica o petición **cuarta** del libelo de demanda, en lo cual **se revoca** y en su lugar se declara: el actor José Ramón Mendoza Daza, como condueño de la patente de invención y de la marca de fábrica del producto **"Neumo-septina Lyr"**, tiene derecho propio para usar esa marca y explotar dicha patente, independientemente de los demandados Víctor Ruiz Mora y Joaquín Rodríguez Chiari. Parágrafo. La patente de invención fue concedida por el Ministerio de Industrias y Trabajo el 31 de mayo de 1937, a Manuel Antonio Luque Peña, Víctor Ruiz Mora y José Mendoza Daza, y la marca de fábrica lo fue a favor de Víctor Ruiz Mora y José Ramón Mendoza Daza el 28 de septiembre del mismo año, por el mismo Ministerio. Ambas por diez años, y,

"2º — Sin imposición de costas en la segunda instancia".

Como motivación de esa sentencia dice el Tribunal que "examinadas las pruebas producidas en la primera instancia, cuadernos 4º a 7º, inclusive, y las allegadas en el escrito de demanda, se llega a la misma conclusión del señor Juez de primera instancia, o sea que el actor no logró demostrar la celebración y existencia de la asociación invocada" y pasando luégo al examen de las pruebas aducidas en la segunda instancia por ambas partes concluyó el Tribunal, en virtud de ese estudio, que "no puede considerarse en el proceso como probado el contrato de asociación definido en el artículo 629 del C. de Co." y que "además, la característica de la participación esencialmente secreta, tampoco está probada", que en cambio del conjunto de pruebas de la segunda instancia, "procediendo con amplitud se puede considerar que sí está demostrada la existencia de una sociedad comercial" o sea "de una sociedad de hecho"; que siendo nula tal sociedad, "la primera súplica de la demanda está destinada a fra-

casar"; que con respecto a la segunda petición de la acción "le son completamente aplicables las conclusiones y razonamientos consignados precedentemente para la primera súplica", porque aquella se apoya en la existencia de la nombrada asociación, "que en últimas resulta ser una sociedad comercial de hecho"; que del hecho de que se hubiere concedido a Luque Peña, Mendoza Daza y Ruiz Mora conjuntamente la patente de invención a que se refiere la súplica segunda de la demanda, no se desprende a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 94 de 1931 que existiera "ningún nexo social, ninguna obligación" entre las partes, porque "cada una de ellas tiene libertad de acción para efectos de explotarlas, y los beneficios que de tal explotación derivan, pertenecen exclusivamente a su patrimonio" de donde deduce, por ese aspecto, que la segunda súplica está desprovista de fundamento jurídico; que Ruiz Mora no está obligado a rendirle al actor las cuentas a que se refiere la tercera súplica de la demanda y que además la rendición de cuentas no es exigible por el procedimiento ordinario sino por el especial consignado en los artículos 1120 a 1132 del C. J. ,y que lo propio puede decirse con respecto al demandado Rodríguez Chiari, quien no está ligado por ningún nexo de orden legal a rendir cuentas al demandante. Por último encontró el sentenciador que la cuarta súplica de la demanda era procedente, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 31 de 1925, artículo 1º, y 94 de 1931, artículo 13.

El recurso:

En contra de esa sentencia recurrió en casación el demandante y preparado debidamente como se encuentra, se procede hoy a decidirlo.

Con fundamento en la causal primera de casación consagrada en el artículo 520 del Código Judicial, formula el recurrente tres cargos en contra de la sentencia, los cuales se examinan en el orden en que han sido presentados.

Con relación al primero denominado "Error de hecho por errónea apreciación de pruebas", enderezado a combatir la conclusión a que llegó el sentenciador sobre que el actor no logró demostrar a celebración y existencia de la asociación de que habla la demanda, se ocupa el recurrente, en primer lugar, en advertir cuál debe ser la actitud de los jueces al estudiar las pruebas aportadas en un juicio y sobre cuál es la materia propia de la prueba testimonial y después de decir que el Tribunal ha debido estudiar a fondo el negocio y el resto de las pruebas aducidas y de relacionarlas ordenadamente, entra a enumerar algunos elementos que en su concepto fueron desechados por el Tribunal en su estudio, y después de hacerlo, concluye así:

"Todos estos datos, relacionados y estudiados ordenadamente, llevan a la conclusión de que en realidad de verdad hubo una asociación o cuentas en participación entre Ruiz Mora y Mendoza Daza, de la cual fue gestor el primero, y que las utilidades del negocio se repartieron proporcionalmente. La relación ha debido ser establecida por el Tribunal entre estos datos y las declaraciones rendidas por los señores Luque Peña, Rafael Forero, Luis Rafael Robles, Miguel Cortés, Alejandro Pardo Rojas y Rafael García Solano.

"Por consiguiente, el estudio precipitado que hizo el Tribunal al proferir la sentencia acusada, lo hizo incurrir en apreciación errónea de las pruebas y en la falta de apreciación de otras que, a mi juicio, constituyen todas la asociación o cuentas en participación entre Ruiz Mora y Mendoza Daza, pues de ellas se desprende el carácter oculto del contrato y la gestoría exclusiva de Ruiz Mora".

Se considera:

El cargo precedente es notoriamente infundado por las siguientes razones:

1ª — Porque como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, la causal de casación establecida en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es, ante todo, la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, con ocasión de errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate o de falta de apreciación de las mismas; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral. Las circunstancias indicadas no son de consiguiente por sí solas causal de casación y como el recurrente no citó, como era su deber, las disposiciones legales sustantivas que hubieren resultado infringidas por virtud de los errores alegados, salta a la vista que el cargo ha sido mal formulado;

2ª — Porque el recurrente apenas alegó y no ensayó siquiera demostrarlo, como debió hacerlo, al tenor de lo dispuesto en el aparte 2º del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, que el Tribunal hubiere incurrido en error de hecho que apareciera de modo manifiesto en los autos al deducir del examen de las pruebas a que se refiere la conclusión acusada de la sentencia, que el actor no logró demostrar la celebración y existencia de la asociación de que trata la demanda; y

3ª — Porque si el Tribunal no se refirió concreta e individualmente a los datos o elementos probato-

rios de que habla el recurrente como dejados de apreciar, no es menos cierto que sí los tomó en cuenta para sacar la deducción arriba referida, pues dijo en la sentencia haber examinado "las pruebas producidas en la primera instancia, cuaderno 4 a 7, inclusive, y las allegadas al escrito de demanda" y entre ellas figuran las que el recurrente enumera como dejadas de apreciar, y en esas condiciones la acusación ha debido también enderezarse a alegar y demostrar error de hecho o de derecho en la estimación de tales pruebas para que el cargo hubiera sido planteado eficazmente.

A estos respectos ha dicho la Corte:

"En cuanto a la técnica de casación y especialmente en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 que acaba de citarse, se parte de la base de que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación entre esos dos extremos se llega o no a la infirmación del fallo. Por eso cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación. Se ha llegado a concluír que lo esencial es la cita del artículo o artículos violados aun cuando el concepto al citarlos no coincida en toda su extensión con el precepto indicado, y esto porque el principio básico de la casación, unificación de la jurisprudencia nacional, obliga a la Corte a estudiar el texto o textos que la demanda señala como violados por la sentencia, por mal interpretados, mal aplicados o dejados de aplicar por ésta.

"Cuando la acusación se funda en apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que al concepto, al motivo, se añadan la disposición o disposiciones sustantivas violadas. No basta en este caso la mera enunciación conceptual, sino que es necesaria la cita legal pertinente, porque la acusación por el concepto, marca el camino de la Corte para el estudio y le circunscribe el motivo, pero está inhibida para llegar hasta el fin, si no encuentra el factor de confrontación, la cita legal, que debe hacer el recurrente para entonces comparar el texto sustantivo señalado como infringido, por algún motivo, con el fallo recurrido. Y ni aún así puede prosperar un recurso de casación si el error de hecho no aparece de manifiesto en los autos, puesto que no es en el caso que se contempla, cualquier error cometido por el Tribunal el que lleva a casación, sino aquél que sea patente y que haya determinado o sea determinante de la violación de una disposición sustantiva por falta de apreciación o la mala apreciación de una prueba. (Casación, 31 de mayo de 1940, G. J., 1957, pág. 499).

Sobre estos mismos particulares pueden verse también entre otras muchas las sentencias de Casación de 11 de julio y 6 de septiembre del año en curso, no publicadas aún, y la de 29 de octubre de 1937, G. J., Tomo XLVI, página 205.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Sostiene asímismo el recurrente que el Tribunal, al dar por demostrada en el proceso la existencia de una sociedad de hecho entre el demandante y los demandados, quebrantó por aplicación indebida los artículos 469, 470, 472 y concordantes del Código de Comercio.

Se considera:

Fue con base o fundamento en el estudio de las pruebas aportadas durante la segunda instancia cómo el Tribunal llegó a concluír que en el proceso se encontraba demostrada la existencia de una sociedad de hecho formada entre las partes litigantes, y por consiguiente para que el cargo se hubiera formulado eficazmente habría sido preciso que el recurrente alegara y demostrara que el sentenciador incurrió en error al apreciar las aludidas pruebas, cosa que así no hizo, pues como se ve en la parte pertinente de su demanda de casación se concretó a destacar las características que en su concepto distinguen la sociedad de hecho y a decir que "en el expediente hay pruebas que demuestran el carácter secreto de la asociación que contrataron" las partes litigantes.

De existir la transgresión alegada, ella sería consecuencia de un error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas o de haber omitido esa apreciación o de haber incurrido en error de derecho en la misma, y tratándose de cuestiones de hecho, era indispensable presentar el problema por el aspecto de la apreciación que el sentenciador hiciera de las pruebas en concreto con el fin de que le fuera dado a la Sala investigar si por obra de alguno de tales errores incurrió el fallo en violación por aplicación indebida de las disposiciones del Código de Comercio que cita el recurrente.

Además, el cargo que se examina, de haber prosperado, no tendría incidencia alguna en relación con la decisión a que el fallo llegó, porque la absolución de los demandados no sólo se profirió en atención a que el sentenciador encontró que lo demostrado en el expediente era la formación de una sociedad de hecho entre las partes, sino también y principalmente porque estimó que el actor no logró justificar el hecho cardinal sobre que rueda la litis, o sea la existencia de un contrato de asociación o de cuentas en participación que se pretende celebrado entre las partes, que constituye la génesis misma de las súpli-

cas de la demanda, y ello conduciría en todo caso a la misma finalidad a que llegó el sentenciador de segunda instancia.

No prospera, pues, el cargo.

En el último capítulo de su demanda de casación se detiene el recurrente en algunas disquisiciones jurídicas acerca de la naturaleza del contrato de asociación o cuentas en participación. Luego de afirmar que "en autos obran numerosas pruebas que demuestras la existencia de la asociación" y que "en cambio no existe ninguna que lleve a pensar que Mendoza Daza tuvo con Ruiz Mora alguna sociedad de hecho", sostiene que el Tribunal al dar por establecido en la sentencia la sociedad de hecho, violó "los artículos 629 a 633 inclusive del Código de Comercio, cuya aplicación era la pertinente". Y que el artículo 13 de la ley 94 de 1931 no impedía que las partes pudieran asociarse en la forma en que lo hicieron.

Se considera:

Como ya se vio al expresarse en esta providencia la síntesis de la motivación del fallo acusado, el Tribunal después de tomar en cuenta tanto las pruebas aportadas en primera como en segunda instancia estimó que el actor no logró demostrar la celebración y existencia del contrato de asociación o de cuentas en participación de que trata la demanda, y como el recurrente ni al formular su primer cargo ni al plantear el que ahora se considera demostró que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho que apareciera de modo manifiesto en los autos, es claro que la acusación que se examina está también mal formulada, en atención a las razones que ya se expusieron al considerar el segundo de los cargos examinados en esta sentencia.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha cinco de septiembre del año pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del presente juicio.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de donde procede.

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RECURSO DE SUPLICA

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

El doctor Marco Naranjo López, cesionario y apoderado de Rosa Elena Malaber, entabló juicio ordinario contra el doctor Hernando Ruiz Cuevas sobre indemnización de perjuicios por la muerte de los consortes Moisés Malaber y Nicolasa Martínez, padres de aquélla, electrocutados el 31 de marzo de 1936. La primera instancia cursó en el Juzgado 5º Civil de este Circuito, cuya sentencia de 4 de agosto de 1942 negó los pedimentos de la demanda. Apelada, el Tribunal Superior la revocó el 14 de abril de 1944 en fallo que declaró civilmente responsable al demandado y lo condenó a pagar $ 2.000 por perjuicios morales y los materiales en la cuantía que se fije por los trámites del artículo 553 del C. J. El demandado interpuso casación y, fundado por él el recurso y presentada la respuesta del opositor y llevado el asunto al estudio para sentencia, ha ocurrido lo siguiente:

Con fecha 5 de enero de este año aparece la Malaber desistiendo de su demanda y del juicio en memorial presentado personalmente al Alcalde de Ubaté y su Secretario por ella y por Ruiz Cuevas, quien dice suscribirlo "para efectos de costas".

Ese memorial se trajo a la Corte el 6 de agosto. Sin haber recaído aún providencia alguna sobre él, el 4 de septiembre la Malaber presentó personalmente en la Secretaría de esta Sala otro en que manifiesta que lo que hubo entre ella y su demandado fue simplemente que éste le entregó $ 50 para abonarlos a la deuda; pero no un pago total, ni un arreglo definitivo, ni revocación del poder al doctor Naranjo López, ni mucho menos desistimiento del juicio o de su demanda, y que lo que ella creyó firmar, lo que hizo sin leer, fue el recibo que de los $ 50 le exigió el doctor Ruiz Cuevas. Y sobre este pie pide que se desoiga lo que con sorpresa de ella reza el memorial de 5 de enero y que el juicio continúe con su apoderado.

El Magistrado sustanciador, en vista del nuevo memorial de la Malaber, se denegó a admitir y decretar el desistimiento, según auto de 17 de septiembre que, además, ordenó sacar copia de lo pertinente y remitirla al Juzgado en lo penal para la investigación del delito posiblemente cometido al decir de aquella señora en su memorial del mismo septiembre.

El apoderado de Ruiz Cuevas pidió reconsideración, sosteniendo que el desistimiento debe decretarse, porque de la presentación personal del escrito de 5 de enero no hay lugar a duda y porque la verdad y autenticidad de lo que él dice se suponen y tienen que producir ese efecto y permanecen en pie mientras una providencia judicial no las infirme.

De su lado el doctor Naranjo López sostiene aquella negativa.

El Magistrado sustanciador, por tratarse de auto interlocutorio, lo que hace improcedente ese recurso, se abstuvo de estudiarlo y concedió el de súplica. De ahí que el asunto haya pasado a la Sala, la que aquí decide, para lo cual considera:

No deja de causar extrañeza que, habiendo de producir la terminación del juicio el memorial de 5 de enero, Ruiz Cuevas se guardase de presentarlo hasta el 6 de agosto y entre tanto por su parte se formulara la demanda de casación (13 de febrero), se reclamara contra la mora del opositor en contestarla (9 de junio), se adelantara sobre el requerimiento respectivo (28 de junio) y se solicitara (julio 18) el fallo absolutorio que correspondía según el artículo 381 del C. J. a la falta de devolución del expediente. Negado este pedimento por haber ocurrido a última hora esa devolución (auto de 28 de julio), al fin se trajo a la Corte (6 de agosto) el mencionado escrito de 5 de enero.

Nada se había decidido o proveído sobre él cuando se presentó el de 4 de septiembre. No se había, pues, producido dentro de la tramitación nada que impidiese considerar también ese nuevo escrito y proceder atendiendo lo que relataba; en otras palabras: la situación era distinta de la que

correspondiera si se hubiese provisto sobre la base que por sí solo daba inicialmente el memorial de enero. Así las cosas, si a la Malaber le era potestativo retirar y explicar esta gestión, no estando aún recogida en providencia judicial, al juzgador no le era posible prescindir del nuevo escrito y proveer cual si sólo obrase el primero sin advertencias, explicación ni retiro.

Es verdad que el desistimiento aparece como resultado de un arreglo, lo que da a entender una transacción, contrato que no es solemne y que, cuando lo hay, produce el efecto de la cosa juzgada; pero no es menos cierto que de ello se habla sólo incidentalmente y que la finalidad de ese escrito es la desistencia, sobre la cual bien había podido ni aludirse siquiera a su causa. La mención de ésta no le quita a ese memorial su calidad y finalidad de solicitud de terminación del juicio por desistimiento.

La Malaber no forma por sí sola la parte demandante, pues el doctor Naranjo López, a más de mandatario de ella, obra en nombre propio, por haber adquirido la mitad proindiviso del crédito a cuyo reconocimiento y efectividad se encamina la litis. Esa transferencia se la hizo la Malaber por contrato que consta en documento privado que ambos suscribieron y reconocieron el 25 de junio de 1940. El lo acompañó a su demanda, la que incoa en ambos caracteres, mandatario y cesionario. Para admitirla el Juzgado exigió y recibió el juramento previo de que habla el artículo 18 de la Ley 21 de 1931. Desde el auto de admisión ambos, la cedente y su cesionario, figuran como demandantes, y sobre este pie se surtieron las instancias; de suerte que el Tribunal al decretar la indemnización demandada, advierte que del monto total corresponde la mitad al cesionario.

Así las cosas, aunque fuera de decretarse el desistimiento de la Malaber, no se deduciría de ahí la terminación del juicio, porque éste habría de continuar con el cesionario, ausente de todo lo que reza el memorial de 5 de enero, mírese sólo hacia el desistimiento, mírese también hacia la transacción, la que, aún en el supuesto de haber mediado, no sería extensiva a él, según el artículo 2484 del C. Civil.

La circunstancia de quedar pendientes al celebrarse el aludido contrato de junio de 1940 las obligaciones que impuso al doctor Naranjo López, no lo priva de su calidad de adquirente. Pendientes quedan las más de las veces obligaciones de una de las partes contratantes, cuando no de ambas, sin que esto obste a la existencia del contrato o lo desvirtúe. Aun en los calificados de unilaterales que, según la definición de nuestro Código, contienen obligaciones de una de las partes para con la otra, que no contrae ninguna, no falta lo que suele llamarse simetría contractual, pues lo que sucede en ellos es simplemente que su nacimiento coincide con la prestación de la obligación total de uno de los contratantes, el que por tanto, queda en ese momento sin ninguna a su cargo; pero no porque vaya a enriquecerse sin causa, sino porque ya sólo lo del cargo de la otra parte queda por cumplirse. En el mutuo, por ejemplo, contrato real que se perfecciona al entregar el mutuante lo que presta, las obligaciones así creadas o nacidas son sólo las del mutuario.

La sentencia del Tribunal, favorable a los demandantes, no fue reclamada por éstos, como hasta sobra decirlo. Podían ambos o cualquiera de ellos renunciar a ese favor gratuitamente o a título oneroso; pero tal paso de uno solo de ellos no obligaba al otro.

Las explicaciones de la Malaber dadas el 4 de septiembre sobre lo sucedido el 5 de enero pueden ser verdaderas o falsas. Tanto puede haber arreglado con Ruiz Cuevas en forma que la obligaba a solicitar la terminación del pleito, como puede ser cierto que sólo se trató de un pequeño pago a buena cuenta que a lo sumo sería principio o anuncio de un arreglo definitivo en que ella se embarcase contando con la ulterior aprobación de su cesionario y condueño o creyendo innecesario que él interviniera. Acerca de lo uno o lo otro, nada puede ni debe conceptuarse aquí. La Sala ha de concretarse a lo que constituye la materia de la súplica que está decidiendo y proceder sobre los mismos elementos y contemplando la misma situación que ante sí tuvo el Magistrado sustanciador al pronunciar su providencia.

El no prescindió del segundo de dichos memoriales. En fuerza de lo ya expuesto, la Sala halla acertado ese proceder. Ni éste ni el contrario están exentos de peligros. En tesis general es de reconocerse el riesgo de que, pactado en realidad y formulado un desistimiento, se retracte quien lo presentó y con ello perjudique a su contendor que posiblemente hasta haya satisfecho todo lo que el respectivo pacto le impuso; y no se oculta el perjuicio de que se haga aparecer desistiendo a quien no ha convenido en tánto. En la alternativa, la abstención del juzgador oportunamente advertido es de equidad y prudencia. Si el aviso es falso, remedios hay contra el perjuicio que la

abstención llegue a causar, y si el desistimiento se decreta, bien que no faltan remedios, el perjuicio es más grave por corresponder a un mal que desde luego queda consumado.

Por tanto, no se infirma el auto de diecisiete de septiembre del año en curso.

Notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta. — Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS SALAMANCA Y TAPIAS PILONIETA

Muy sintéticamente expresamos a continuación las razones de nuestra inconformidad con la anterior decisión del recurso de súplica.

En el memorial visible al folio 35, legalmente autenticado con la presentación personal ante el Alcalde del Circuito de Ubaté y su Secretario suscrito también por el demandado, la demandante Rosa Elena Malaber manifiesta que "por haber arreglado satisfactoriamente con el demandado doctor Ruiz Cuevas el valor de los perjuicios tanto morales como materiales, objeto de la demanda", desiste de la acción.

Nos ha parecido indudable que en este libelo auténtico está recogido y a la vez probado un contrato de transacción, una autocomposición del litigio como dicen los tratadistas del derecho procesal. El arreglo satisfactorio ajustado por las partes litigantes sobre la indemnización materia de la controversia contiene los elementos de litigio pendiente, ánimo de terminarlo y concesiones recíprocas, que son los que esencialmente constituyen la figura contractual de la transacción, que "es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual" (a. 2469 C. C.).

La transacción es un contrato bilateral, consensual y oneroso, mediante el cual cada una de las partes contratantes dispone de su propia situación jurídica en conflicto reemplazando la decisión jurisdiccional. La transacción elimina y extingue el litigio, excluye el Juez, esteriliza la jurisdicción. Esto lo dice con toda claridad el artículo 2483 del C. C. al atribuírle los mismos efectos de la cosa juzgada en última instancia. "En la transacción las partes se hacen justicia por sí mismas, constituyendo así uno de los tres medios a que legalmente es dable acudir para terminar con las pretensiones encontradas de dos o más personas sobre una cuestión jurídica; el común y ordinario mediante la intervención del órgano jurisdiccional del Estado; la transacción en que las partes lo reemplazan reconociéndose por sí mismas la justicia, y el compromiso que crea un tribunal de particulares con tal fin. La transacción implica la terminación del litigio y produce los efectos de la cosa juzgada en última instancia (artículo 2483 C. C.). Una vez acordada la transacción, se comunica al Juez que está conociendo del asunto sin necesidad de discriminar las bases del acuerdo. Basta con que se dirija un memorial, presentado personalmente, en el cual se pide la terminación del procedimiento en virtud de transacción, y que dicho memorial vaya suscrito por los interesados". (Curso de Derecho Procesal Civil. H. Morales. p. 340).

"Cuando la transacción se verifica dentro del pleito produce no sólo el efecto de variar y hasta eliminar los términos de la demanda y la misma naturaleza de la acción incoada, sino también de impedir al juzgador el fallo sobre lo que fue transigido. En esta última parte el efecto de la transacción es el mismo del desistimiento judicial. Lógicamente resulta entonces que todas las peticiones derivadas de una demanda por la ejecución, cumplimiento o incumplimiento del contrato, cuando se ha verificado la transacción, quedan afectadas en la misma forma en que lo ha sido el objeto principal del convenio de transacción" (G. J., tomo LIII p. 359).

No es jurídico, en nuestro concepto desconocer la realidad planteada en el proceso con el referido memorial auténtico del f. 35 e impedir el cumplimiento de sus lógicas y naturales consecuencias, con base en la manifestación unilateral contenida en el libelo del folio 36, en que la demandante Malaber pide a la Corte que se dé por no presentado o que se declare nulo por falta de consentimiento su anterior memorial y la diligencia de autenticación que aparece al pie, por haber sido engañada por el demandado Ruiz Cuevas. No veríamos inconveniente legal para la prosecución del litigio en el caso de que los dos litigantes, contratantes de la transacción, manifestaran su desacuerdo posterior al arreglo y su deseo y resolución de continuar la controversia hasta ser sentenciada en la forma común y ordinaria; pero nos parece visiblemente irregular la continuación del juicio sobre el desconocimiento que una de las partes hace de la transacción, porque no entendemos como fenómeno normal la destrucción unilateralmente realizada de un contrato bilateral. No encontramos la base probatoria de mérito com-

pleto en qué asentar la convicción respecto de la realidad del engaño y maniobras dolosas de que dice haber sido víctima la Malaber, y pensamos, que en este particular los vicios de consentimiento que se aducen para pedir improcedentemente como si se tratara de nulidad de la actuación, la del memorial del f. 35 y de su nota de autenticación, no pueden considerarse sino en el campo del derecho contractual, en acción de nulidad del contrato de transacción incoada por la parte que se considere engañada, con base en el artículo 2476 del C. C.

No nos parece tampoco, finalmente, que el doctor Marco Naranjo López sea codemandante en el pleito como cesionario de parte del crédito. El tenor inequívoco del documento de 25 de junio de 1940 lo que revela es un contrato de mandato a **cuota litis.** La Malaber cede a su abogado, en pago de honorarios y por gastos que se compromete a hacer, parte de la indemnización que obtenga judicial o extrajudicialmente contra el demandado Ruiz Cuevas. En estas condiciones no vemos la capacidad procesal del abogado para impedir a su poderdante que transija o desista. Naturalmente, sin perjuicio de las acciones que correspondan al mandatario, generadas en el contrato de mandato, para obtener de su mandante las indemnizaciones correspondientes a la violación contractual o al pago de los honorarios estipulados.

Respetuosamente,

Firmados:

Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

PRUEBA PARA ACREDITAR LAS CONDENACIONES ANTERIORES (ARTICULO 37 DEL C. P., NUMERAL 2º)

El numeral 2º del artículo 37 del Código Penal, al hablar de condenaciones anteriores, judiciales o de policía, hace referencia directa a los fallos pronunciados por las autoridades competentes mediante el cumplimiento de las formalidades inherentes al juicio. Las determinaciones consignadas en el respectivo fallo o sentencia no se pueden probar con la confesión oral que en su indagatoria haga el procesado. La ley, en estos casos, no atribuye a la confesión el mérito de prueba plena o completa para establecer una condenación judicial. La prueba pertinente o principal que sirve para acreditar las condenaciones anteriores, son las copias de las sentencias ejecutoriadas, expedidas por funcionarios competentes y con las formalidades legales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

Por sentencia de catorce de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad, por el cual se condenó a Heliodoro Suárez a la pena de nueve años de presidio, como responsable de la muerte de Luis Pereira.

Contra esa providencia, el reo interpuso recurso de casación. Cumplida la tramitación del recurso y corrido el traslado al Procurador, se procede al estudio del negocio.

Hechos.

El día diez y nueve de abril de mil novecientos cuarenta, a las seis y media de la tarde, se presentó Luis Pereira en casa de Basilio Angarita, habló de los trabajos que habrían de realizar en la siguiente semana y luégo siguió en dirección a la casa donde habitaba. Después de haber transcurrido una hora de esa entrevista, se presentó Mercedes Galvis, alarmada y llorando, a dar la noticia de que en su casa se encontraba un muerto, que parecía ser Luis Pereira o Antonio Ariza. Inmediatamente, se trasladaron los vecinos al lugar indicado por Mercedes Galvis y constataron que el cadáver era el de Luis Pereira. Estos hechos se sucedieron en la vereda denominada la "Colorada", jurisdicción del municipio de San Vicente.

Demanda.

En escrito de fecha cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, el procesado Heliodoro Suárez presentó la correspondiente demanda de casación, invocando como causales las de los numerales primero y segundo del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.

"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".

Como fundamento de esta causal, alega:

"Esta sentencia del Tribunal de San Gil es clamorosamente contraria a la evidencia procesal, como lo es el veredicto del jurado sobre el cual está fundada. La prueba sobre la responsabilidad mía en el presente proceso es una prueba indiciaria, pues no hay prueba directa ninguna sobre el particular. Pe-

ro esos indicios deficientemente probados en el expediente, muchos de ellos, lo cual les quita toda su eficacia en sí mismos son acusadores de Mercedes Galvis, pero no de mí, Heliodoro Suárez".

Más adelante hace un análisis de la prueba indiciaria que se tuvo en cuenta para penarlo. Por último, concluye transcribiendo un aparte de la sentencia de diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual se reconoce como aceptable el recurso de casación por esta causal, en los juicios en que intervienen los jueces de conciencia.

Con la causal invocada pretende el recurrente que la Corte entre a hacer un análisis de la prueba indiciaria que tuvo en cuenta el Jurado para deducirle responsabilidad, y por este medio, conseguir una declaración de injusticia del veredicto, o que se diga que él es contrario a la evidencia de los hechos. Pero como norma doctrinaria ha sostenido la Sala que la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal no es aplicable a los fallos pronunciados en juicios en que interviene el jurado. Así lo declaró expresamente en sentencia de fecha tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, cuando dijo:

"En resumen, si el pensamiento de la comisión claramente reafirmado durante todo el debate sobre el recurso de casación, fue excluír toda controversia sobre los hechos no declarados probados en la sentencia; si éstos no son otros sino los aceptados por el jurado; si la contradicción entre los hechos y el veredicto — por ser cuestión únicamente atribuída a los falladores de instancia — no puede considerarse en casación; y si la causal segunda conduce inevitablemente al examen jurídico de los hechos y al riesgo — en cosecuencia — de convertir el fallo de casación en fallo de instancia, riesgo que la comisión deliberadamente quiso excluír para no desnaturalizar el recurso extraordinario, conclúyese lógicamente que aquella causal no puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicios en que el jurado interviene".

Por estas razones, el ataque hecho a la sentencia, apoyándose en la causal que se deja analizada, no es procedente y no prospera.

Causal primera.

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dice el recurrente que el Tribunal, al imponerle la pena de nueve años de presidio en lugar de ocho, violó el contenido de los artículos 362 y 39 del Código Penal, al considerar como circunstancia de mayor peligrosidad la posibilidad de una condena anterior, deducida de la simple manifestación del procesado llevada a cabo en la indagatoria. Efectivamente, Heliodoro Suárez dijo que el Juzgado del Circuito de Zapatoca lo había condenado a la pena de trece meses, por un delito de heridas, cometido en la persona de Pablo Betancurt; luégo hace la enumeración de los establecimientos carcelarios donde estuvo detenido por ese delito.

Se considera.

El Juzgado al dictar la sentencia de trece de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, y al referirse a las circunstancias de mayor peligrosidad, dijo:

"..... Heliodoro Suárez ha incurrido en condenaciones judiciales como la señalada por él mismo en su indagatoria visible a folios 19 v. y siguientes, y tal antecedente está indicando una circunstancia de mayor peligrosidad de conformidad con el artículo 37, numeral 2º, que por sí sola es suficiente para elevar la pena a nueve años de presidio, tomando en cuenta los atenuantes de su ignorancia e indigencia que el proceso presenta en favor del acusado Suárez".

El Tribunal respalda, en la sentencia recurrida, la afirmación del jurado, cuando expresa:

"..... El veredicto es una orden para el Juez de derecho, el cual debe limitarse solamente a señalar la pena, de acuerdo con la norma de los artículos 36 a 39 del Código Penal, que fueron rectamente aplicados, como quiera que no podía aplicarse el mínimo pedido por el señor Fiscal de esta corporación, por concurrir las circunstancias de mayor peligrosidad señaladas en el numeral 2º del artículo 37, pues el procesado confiesa que fue condenado a trece meses de presidio como responsable del delito de heridas cometido en San Gil, fallado en Zapatoca y purgado en las cárceles de San Gil y Pamplona. Existiendo esta circunstancia, no puede aplicarse el mínimo de la pena, y por eso, el aumento del Juzgado es legal. Bien que no puede considerarse el hecho como reincidencia, sino como circunstancia de mayor peligrosidad".

Se observa que la condenación de que habla el reo no fue valorada como reincidencia, sino como circunstancia de mayor peligrosidad; es decir, no se tuvo en cuenta en su apreciación el artículo 34, sino el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal. Pero esta última disposición considera como circunstancia de mayor peligrosidad toda condenación anterior al hecho juzgado, bien sea judicial o de policía.

El problema radica en saber si esas condenaciones se acreditan mediante las afirmaciones que haga el procesado en su indagatoria, o es necesario e indispensable que ellas se comprueben mediante copias de los respectivos fallos.

El numeral segundo del artículo 37 del Código Penal, al hablar de condenaciones anteriores, judiciales o de policía, hace referencia directa a los fallos pronunciados por las autoridades competentes mediante el cumplimiento de las formalidades inherentes al juicio. Las determinaciones consignadas en el respectivo fallo o sentencia no se pueden probar con la confesión oral que en su indagatoria haga el procesado. La ley, en estos casos, no atribuye a la confesión el mérito de prueba plena o completa para establecer una condenación judicial. La prueba pertinente o principal que sirve para acreditar las condenaciones anteriores, son las copias de las sentencias ejecutoriadas, expedidas por funcionarios competentes y con las formalidades legales. Este ha sido siempre el requisito exigido por nuestra jurisprudencia. Así, pues, si no está probado formalmente el hecho de que el procesado incurrió en una condenación anterior, es lógico concluír que esta circunstancia de mayor peligrosidad no podía tenerse en cuenta en el fallo condenatorio.

En este orden de ideas, es pertinente el concepto del Procurador, en referencia a los artículos 362 y 39 del Código Penal, cuando dice:

"Si de un atento estudio del proceso aparece como única circunstancia de mayor peligrosidad un acto judicial que no se halla probado, es indudable que no puede considerarse tal circunstancia y aumentarse la pena conforme a ella, sin que se incurra en una violación de dichas disposiciones por indebida aplicación de ellas. En derecho lo que no se prueba debidamente es como si no existiera. Y por este motivo la Procuraduría considera prosperable parcialmente el recurso de casación interpuesto por el procesado y fundado en la causal que se deja estudiada".

La causal alegada es procedente, y por lo tanto, prospera.

Como circunstancia de mayor peligrosidad, únicamente reconoció el Tribunal la proveniente de haber incurrido el reo en condenaciones anteriores. Del estudio atento de los diversos elementos probatorios allegados al juicio, no puede llegarse a la conclusión de que militan otras en su contra, fuera de la que se menciona.

Como circunstancias de menor peligrosidad, el juzgador de primera instancia reconoció las de ignorancia o falta de ilustración, y la de indigencia, unidas a las condiciones del medio ambiente en que se desarrolló el hecho. Aunque en la sentencia recurrida no se dijo nada sobre estas circunstancias, es indudable que el Tribunal, al confirmar el fallo del inferior, aceptó ese reconocimiento.

Descartada la circunstancia de mayor peligrosidad, por no estar legalmente probada, y acreditado que solamente existen circunstancias de menor peligrosidad, lógicamente la pena que debe imponerse al reo es el mínimo de la sanción fijada en la disposición violada.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él,

Resuelve:

INVALIDASE el fallo de catorce de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferido por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que condenó a Heliodoro Suárez a la pena principal de nueve años de presidio, por un delito de homicidio, cometido en la persona de Luis Pereira; en su lugar, lo **condena** a la pena de OCHO AÑOS de presidio, en relación con los artículos 36 y 39 del Código de Procedimiento Penal.

No se infirma el fallo en lo demás, con la advertencia de que la pena de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas se reduce al tiempo de condena que por este fallo se impone al reo.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal, Oficial mayor.

NULIDADES EN DERECHO PENAL

Las nulidades en derecho penal se establecen con la finalidad exclusiva de favorecer los intereses del sindicado. Su declaración es procedente en los casos en que se hallen conculcados o supeditados los derechos de éste, por acciones u omisiones de la ley; pero cuando esa acción u omisión no menoscaba los derechos del sindicado, ni los de la justicia, ni los de la sociedad, no es pertinente su declaratoria, porque lejos de corregir un error, se caería en un abuso más grave, en perjuicio de los intereses de la justicia, de la sociedad y del propio sindicado, que en nada se beneficiarían con la declaratoria de nulidad.

Omitida la notificación personal del auto de proceder, si posteriormente se hace al procesado otra notificación personal en el mismo juicio, se establece una presunción en contra de él, de que al notificarse, necesariamente tiene que conocer al auto de proceder. Si esta nulidad no fuera subsanable por la notificación personal, posterior a dicho auto, se establecería una prerrogativa ilimitada en favor del sindicado, con menoscabo de los intereses de la ley y de la sociedad. En tales circunstancias, el procesado callaría el hecho generador de la nulidad, para alegarlo en cualquier momento, antes de dictarse la sentencia, con lo cual se establecería un caso de "fraude a la ley".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

V I S T O S :

En sentencia de abril trece de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena condenó a Manuel Francisco Suárez Yugo o Manuel Suárez Díaz o Manuel Beltrán a la pena de catorce años de presidio, por la comisión de un delito de homicidio, ejecutado en la persona de Máximo Argel.

Contra esa providencia, el defensor del procesado interpuso recurso de casación. Cumplidas las formalidades inherentes a la tramitación del recurso, habiéndose formulado oportunamente la correspondiente demanda y corrido el traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, se procede a su estudio.

H e c h o s.

El veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta, Máximo Argel y Fernando Rubio Martínez dieron en venta algunas prendas de vestir a Manuel Suárez Yugo, por la cantidad de dos pesos con cincuenta centavos, valor que fue pagado en un billete de diez pesos. Como los vendedores no tenían el dinero suficiente para devolver el excedente, acudieron a Víctor Otero García, quien hizo el cambio del billete por dos de a cinco. Pagado el precio, Suárez Yugo guardó el resto del dinero en una bolsa de cuero, que la depositó junto a unos frascos que se encontraban en la pieza de habitación.

Como a las tres de la mañana, Suárez Yugo sintió ruidos en su habitación, como de "frascos que se tropiezan", imaginándose que era la señora que se levantaba a suministrar alguna droga para alguno de sus hijos que estaba enfermo. Al día siguiente, al ir a buscar el dinero, observó que había desaparecido, suponiendo que los vendedores eran las personas que le habían robado. Siguió tras de ellos y les dio alcance en el punto denominado "La Madera", y sin decirles nada, le propinó a Máximo Argel un machetazo que le ocasionó casi instantáneamente la muerte.

El Juzgado Segundo Superior de Cartagena llamó a responder en juicio criminal a Suárez Yugo, por un delito de homicidio sin agravante alguno, calificando el hecho como un acto simplemente intencional. A la decisión de los jueces de conciencia se sometió un cuestionario integrado por cuatro preguntas, de las cuales, las tres primeras fueron contestadas afirmativamente, y la cuarta negativamente. Con base en el veredicto emitido por los miembros del jurado, se condenó al procesado a la pena principal de diez años de presidio. El Tribunal, al revisar la sentencia por recurso de apelación, la reformó e impuso la pena máxima del artículo 362 del

C. P., afirmando que en contra del procesado sólo existían circunstancias de mayor peligrosidad.

Demanda.

Invoca el apoderado del recurrente, como causales de casación, las contempladas en los numerales primero, cuarto y quinto del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta.

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad.

Afirma el apoderado del recurrente que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, porque, en su concepto, no se halla legalmente notificado el auto de proceder. Si bien es verdad que el auto de llamamiento a juicio, dictado por el Juez, fue notificado personalmente al defensor del procesado, se olvidó, o se dejó de hacer la notificación personal del auto de fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y dos, dictado por el Tribunal.

El auto de proceder debe notificarse personalmente al defensor y al procesado, cumpliendo en esta forma con lo dispuesto por el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal. Como esto no se hizo, la omisión de dicha formalidad engendra la causal de nulidad prevista en el artículo 198, numeral 3º, de la obra citada. En consecuencia, la sentencia es violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

En el procedimiento penal se pueden presentar dos clases de nulidades: unas absolutas y otras relativas. Las primeras son insubsanables por el transcurso del tiempo o por la aquiescencia de las partes que intervienen en el proceso; su existencia vicia el procedimiento en sus bases esenciales, como sería la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimadad de personería en el querellante, cuando se trata de negocios en los cuales no se puede proceder oficiosamente.

Las segundas, o sea las nulidades relativas, como serían las provenientes de falta de notificación del auto de proceder, o del auto que señala término a los interesados para que manifiesten si tienen hecros que probar en el juicio, son subsanables, bien sea por el transcurso del tiempo, o por la intervención de las partes en el proceso penal, o porque el interesado, una vez notificado, no hace el reclamo dentro de los términos fijados por la misma ley.

Bien sabido es que las nulidades en derecho penal se establecen con la finalidad exclusiva de favorecer los intereses del sindicado. Su declaración es procedente en los casos en que se hallen conculcados o supeditados los derechos de éste, por acciones u omisiones de la ley; pero cuando esa acción u omisión no menoscaba los derechos del sindicado, ni los de la justicia, ni los de la sociedad, no es pertinente su declaratoria, porque lejos de corregir un error, se caería en un abuso más grave, en perjuicio de los intereses de la justicia, de la sociedad y del propio sindicado, que en nada se beneficiarían con la declaratoria de nulidad.

El artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral tercero, consagra como nulidad relativa el hecho de no haberse notificado en debida forma el auto de proceder, nulidad que desaparece cuando el reo comparece en juicio y no reclama oportunamente de esa irregularidad procedimental. La notificación del auto de proceder es la garantía que el poder público consagra en beneficio del procesado y su defensor, para el conocimiento de los cargos que se imputan en dicho auto. Pero esa garantía no puede extenderse más allá del conocimiento que el procesado pueda tener del auto, por el cual se le hizo la imputación concreta de los hechos investigados.

De manera que, omitida la notificación personal del auto de proceder, si posteriormente se hace al procesado otra notificación personal en el mismo juicio, se establece una presunción en contra de él, de que al notificarse, necesariamente tiene que conocer el auto de proceder. Si esta nulidad no fuera subsanable por la notificación personal, posterior a dicho auto, se establecería una prerrogativa ilimitada en favor del sindicado, con menoscabo de los intereses de la ley y de la sociedad. En tales circunstancias, el procesado callaría el hecho generador de la nulidad, para alegarlo en cualquier momento, antes de dictarse la sentencia, con lo cual se establecería un caso de "fraude a la Ley".

El auto de primero de julio de mil novecientos cuarenta y dos, dictado por el Tribunal, fue notificado al procesado, al Agente del Ministerio Público y al defensor doctor Gómez Reinero, quien al notificarse manifestó que el actual abogado de pobres era el doctor Alfonso Sotomayor. La circunstancia de que Gómez Reinero hubiera hecho esa manifestación, no implica cambio de defensor, pues este cargo se da oficiosamente y no puede sustituírse sino con expresa autorización del procesado. (Artículo 110 del C. de P. P.)

Si posteriormente se operó el cambio de defensor, la nueva notificación del auto de proceder no era obligatoria para el Juzgado, ni su omisión llevaba anexa la nulidad prevista en el artículo 198 del Có-

digo de Procedimiento Penal, porque la notificación se surtió en forma legal.

Por estas razones, la causal alegada no prospera.

Causal quinta.

"Cuando en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Como fundamento de esta causal, dice el recurrente que la sentencia, en su parte resolutiva, es "vaga e imprecisa", pues, en concepto del apoderado, debió expresarse claramente en ella y decirse que se condenaba al reo a la pena máxima de catorce años, y al no hacer esa determinación en la forma indicada, se violó el contenido del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal.

La sentencia pronunciada por el Tribunal contiene un examen completo de los hechos que se imputaron al procesado en el auto de llamamiento a juicio, y de las pruebas conducentes a determinar la responsabilidad en relación con los hechos investigados. La parte resolutiva del fallo está precedida de un estudio sobre los elementos subjetivos y objetivos que integran la figura delictual, y en orden a la comprobación de esos factores, se tuvo en cuenta la forma como se desarrollaron los hechos, la prueba testimonial y las diligencias de necropsia, practicadas por los médicos legistas, cuya conclusión fue la de que 'la muerte de Máximo Argel fue producida por una fuerte herida de instrumento cortante en la sección de la médula".

La responsabilidad se determinó con la prueba de testigos presenciales, refrendada con la confesión libre y espontánea que el procesado hizo ante el funcionario que adelantó la investigación, confesión que se presume verídica, toda vez que, en el curso del juicio, no se dedujo ningún elemento de comprobación que la desvirtuara. (Artículo 255 del C. de P. P.) En tal virtud, en el fallo recurrido sí expresó el Tribunal, en forma clara y precisa, cuáles fueron los hechos que se estimaron como probados.

El artículo 159 del Código de Procedimiento Penal establece la forma como deben redactarse las sentencias; pero estas formalidades exteriores no implican un cumplimiento estricto de parte del fallador, en el sentido de que la alteración numérica de los resultados o considerandos de la sentencia lleve consigo la tacha de que el fallo debe ser anulado o desechado para que se dicte uno nuevo con sujeción estricta a los términos de la disposición comentada. Tales formalismos en la elaboración de las sentencias, lejos de constituír una base de acierto en los fallos, dificultan en cierto modo la redacción de éstos. De aceptarse el criterio de absoluta primacía y sujeción de los fallos a la disposición citada, llegaríamos a la conclusión de tener que sacrificar la norma o el derecho a la fórmula aparente o externa del texto legal. 'La ley no puede ser tan rígida ni tan absoluta para provocar una invalidez jurídica en ese caso; pues ello llevaría a deplorables extremos cuantas veces se empleara un método diferente para cumplir con los requisitos que la misma ley determina".

Sostiene el recurrente que la sentencia no expresó claramente que se condenaba al reo a la pena máxima de catorce años. Esta afirmación no es exacta. El Tribunal, en el considerando 5º, dijo:

"El artículo infringido del Código Penal, por él condenado, ha sido el 362, el cual establece una pena de ocho a catorce años de presidio". Y posteriormente añadió: "En el caso de autos tenemos que en contra del sindicado militan únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, y por tanto es imperiosa la aplicación de la pena máxima fijada en el artículo infringido".

La imposición de la pena privativa de la libertad, como de las accesorias correspondientes, debe hacerse en el fallo condenatorio, en forma clara y precisa, de manera que no genere duda o ambigüedad en su contenido y apreciación. La aplicación de la sanción no se hace únicamente por la citación del precepto penal que la contiene o declara, sino mediante la determinación especial que hace la misma ley. Como en la sentencia recurrida, el Tribunal no solamente hizo la citación legal del precepto violado, sino que determinó la pena máxima de catarce años, que contempla esa disposición, el ataque que se hace a la sentencia por este aspecto, carece de fundamento.

Si la sentencia contempla los hechos y los fundamentos de derecho, y trae el estudio de la personalidad del sindicado, es lógico concluír que la causal alegada no prospera.

Causal primera.

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Afirma el apoderado del recurrente que la sentencia es violatoria de la ley penal, porque se aplicaron los ordinales 3º, 6º y 7º del artículo 37 del Código Penal, sin estar plenamente demostrados y comprobados dentro del proceso criminal, la gravedad, las modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, que pudieran tomarse como circunstan-

cias de mayor peligrosidad del delincuente, de suerte que lo hicieran acreedor al máximo de la pena establecida en el artículo 362, en relación con el 39 de la misma obra.

Posteriormente, invoca la circunstancia de que el reo obró en estado de ira e intenso dolor, producido por la pérdida de la cantidad de siete pesos con cincuenta centavos. En tales circunstancias, — alega — debió tenerse en cuenta, en la aplicación de la sanción, el artículo 28 del Código Penal, que disminuye la pena en los casos contemplados en esta disposición.

Para que sea pertinente el estudio del estado de ira o de intenso dolor, contemplado en el artículo antes citado, es indispensable que tal circunstancia se haya considerado en las preguntas del cuestionario sometido a los jueces de conciencia. (Artículo 498 del C. de P. P., cuestión tercera). Alegar esa modalidad dentro del recurso de casación, sin haber sido objeto de previo debate en las instancias, es tanto como desconocer las finalidades del recurso de casación. La sentencia se pronunció teniendo en cuenta el veredicto del jurado, y como a los jueces que lo integraron no se les preguntó ninguna cuestión referente a esa modalidad, porque no fue contemplada en el auto de proceder, es natural que el juzgador no podía salirse, en la aplicación de la pena, de las normas trazadas por el jurado en su veredicto.

El Tribunal, en la sentencia recurrida, dijo: "Los elementos de juicio recogidos por la investigación acerca de la personalidad de Manuel Francisco Suárez Yugo (a. "Jara"), son bastante escasos, únicamente figuran en el proceso los datos suministrados por el procesado, que son los únicos índices que nos dejan entrever su personalidad. Francisco Suárez Yugo es de categoría social ínfima, ya que es un humilde campesino. Tampoco sabe leer ni escribir".

Con esto, el Tribunal reconoce la circunstancia de menor peligrosidad, contemplada por el artículo 38 del Código Penal, en su numeral 11, proveniente de la indigencia y falta de ilustración del procesado en el momento de la comisión del delito. El Juzgado, dando aplicación al artículo 40, reconoció como circunstancia de menor peligrosidad las condiciones del medio ambiente en el cual se desarrolló el delito, y llegó a la siguiente conclusión:

"Suárez Yugo, que no es individuo ilustrado, cuyas circunstancias ambientales le estrechan el grado de la concepción económica a los límites pequeños del corregimiento donde vive, donde se gana cincuenta centavos diarios en lucha agresiva con la naturaleza, pudo apreciar representado en esos siete pesos, el esfuerzo decoroso de varios días, que insolentemente le robaron dos haraganes". Lo anterior es una afirmación rotunda de la concurrencia de circunstancias que favorecen al procesado para hacer menos grave la pena que debe imponérsele por la comisión del delito.

Sin embargo, el Tribunal desconoció estas circunscunstancias, cuando en el fallo recurrido, en el considerando quinto, sostiene: "En el caso de autos tenemos que en contra del procesado militan únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, y por tanto es imperiosa la aplicación de la pena máxima fijada en el artículo infringido". Y como consecuencia de esto, impuso a Suárez Yugo la pena máxima de catorce años, señalada por el artículo 362 del Código Penal.

El artículo 39 del Código Penal limita la facultad del juzgador para efectos de sancionar, al determinar que sólo puede aplicarse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, y el mínimo, cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad. Como en el caso que se estudia, el Tribunal, después de afirmar la existencia de circunstancias de menor peligrosidad, prescinde de valorarlas al imponer la pena, diciendo que sólo existen circunstancias de mayor peligrosidad para aplicar el máximo de la sanción, es natural que, por este aspecto, violó la disposición comentada.

El criterio que guía al fallador en la imposición de la pena no es del libre arbitrio judicial, limitado únicamente por el máximo o mínimo de la sanción aplicable al delito. La ley da normas especiales, tendientes a facilitar una mejor individualización de ella. (Artículos 36 y 39 del C. P.), y sobre esas bases debe moverse la facultad reguladora del Juez en la determinación de la sanción. La observancia de estos preceptos es de imperioso cumplimiento y su omisión engendra violación de la ley.

Como el Tribunal al sancionar el hecho juzgado no tuvo en cuenta los artículos 36 y 39 del Código Penal, es lógico que, por este aspecto, la causal alegada es procedente y prospera.

Como circunstancias de mayor peligrosidad, deben tenerse en cuenta: el aprovechamiento de las condiciones de inferioridad de la víctima, y el modo de ejecución del delito, pues el ataque sorpresivo llevado a cabo por el procesado puso en imposibilidad física al ofendido para realizar actos defensivos frente al peligro. La circunstancia de haber obrado por motivos innobles o fútiles no se halla probada con exactitud para hacer de ella una apreciación legal.

El Procurador, al referirse a ella, dice:

"Sin conocer otros datos que los muy vagos del

proceso no es posible concluír que porque la pérdida sólo fue de siete pesos con cincuenta centavos, el motivo determinante fue bajo o baladí. No. Si nos atuviéramos a la cuantía del hurto, seguramente podía decirse eso. Lo que hay que ver en ese caso es al poseedor, toda vez que estamos hablando de una circunstancia de mayor peligrosidad que sirve para medir el carácter o el temperamento del sujeto homicida. Siete pesos con cincuenta centavos no representan ningún valor para quien tiene suficientes entradas rentísticas, para el acaudalado que los gasta pagando la entrada a un teatro o a un salón de baile. Pero para el obrero, para el campesino que no dispone de otros medios de vida en muchos días es distinto".

Como circunstancias de menor peligrosidad deben tenerse en cuenta: la buena conducta del sentenciado, pues no hay prueba demostrativa de su delincuencia anterior; la posición social del reo, reputada por el Tribunal como ínfima; la indigencia, la falta de ilustración (no sabe leer ni escribir) y las condiciones de ambiente en que ha vivido. La valoración de todas estas circunstancias hace que la pena se aplique en su grado mínimo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Agente del Ministerio Público, de acuerdo con él,

Resuelve:

Invalídase el fallo de trece de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferido por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena por el cual se condenó al procesado a la pena de catorce años de presidio, por el delito de homicidio, cometido en la persona de Máximo Argel; y en su lugar, **condénase** a Manuel Francisco Suárez Yugo o Manuel Suárez Díaz o Manuel Beltrán (a. "Jara") a la pena de DIEZ AÑOS DE PRESIDIO.

No se infirma el fallo recurrido en cuanto a la imposición de las penas accesorias, con la advertencia de que la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas se reduce al tiempo de la condena principal que por este fallo se impone.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Aníbal Carvajal, Oficial Mayor.

ASPECTO DE LA INDEFENSION O DE LA INFERIORIDAD DE LA VICTIMA

I. — Los Jueces y Magistrados no pueden interpretar como circunstancias de mayor peligrosidad, las que el jurado apreció como elementos del delito.

III. — La insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento, son algunas de las circunstancias que pueden poner a la víctima en condiciones de indefensión o de inferioridad; cualquiera de ellas u otras distintas, por lo tanto, puede configurar la agravación del numeral 5º del artículo 363.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

La Sala de Casación de la Corte Suprema, en auto del 15 de septiembre del año pasado, admitió el recurso que Raimundo Niño interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que — con aplicación del artículo 362 del Código Penal — le impuso la pena de diez años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Eduardo Cuéllar Rivera, cometido la noche del 25 de enero de 1942, en la tienda de Mercedes Ramos, situada en la carrera veintisiete de la ciudad de Bogotá.

El recurrente se limitó a solicitar, en memorial del 8 de septiembre firmado por él y escrito por otra persona, se aceptara el recurso, lo que — como ya se dijo — le fue concedido el día 15 del mismo mes, sin que hubiera formulado demanda de casación en la forma que prescribe la ley (artículo 531, C. de P. P. C.), dado que el escrito presentado como tal antes del vencimiento del traslado — también firmado por él y escrito por persona distinta a la que redactó el primero — no tiene relación alguna con la naturaleza y finalidad del recurso.

Mas como en la petición para que se admitiera, el procesado invoca las causales 1ª, 2ª, 3ª, 5ª y 7.ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que trata de fundar aunque en forma desordenada, la Corte procede a su estudio, previo resumen de los hechos y de las etapas del juicio que culminaron en la sentencia.

I. — Los hechos y actuaciones judiciales

El Tribunal Superior los describe en la forma siguiente, reproducidos del auto por el cual confirmó el de proceder del Juzgado:

"Refieren los autos que a eso de la media noche del veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y dos, se encontraron en una tienda, de propiedad de Mercedes Ramos, situada en la carrera veintisiete, número 22-01 de esta ciudad, el señor Eduardo Cuéllar en compañía de su amigo José Vicente Páez, tomándose algunas cervezas. Como es de frecuente ocurrencia, llegaron otras personas a ese lugar a efectuar una pequeña compra; Cuéllar y Páez los invitaron a una libación, uno de estos desconocidos, que más tarde se supo responde al nombre de Raimundo Niño, tuvo una ligera discusión con la dependiente del establecimiento y descortésmente pagó con dos monedas, esto motivó el que Cuéllar haciendo alarde de la galantería, reprochara a Niño su proceder, los dos se cruzaron algunas frases duras e inmediatamente Miguel Guatame Niño, hermano de Raimundo, tomó por su cuenta la discusión y se lanzó contra Cuéllar, habiéndose cruzado estos dos sujetos dos golpes de mano, esto fue aprovechado por Raimundo quien le lanzó una puñalada a Cuéllar, mientras éste y Miguel seguían luchando; por ese entonces apareció en la tienda otro desconocido, quien preguntó a Niño qué acontecía, respondiéndole éste que se la estaba entendiendo con un "matón", al propio tiempo que señalaba a Cuéllar, el desconocido "sin más dares ni tomares" lanzó a Cuéllar una puñalada y desapareció. Raimundo Niño, al parecer no satisfecho con esto, nuevamente le propinó una puñalada a Cuéllar, cuando éste se hallaba aún en lucha con Guatame. Así estaban las cosas, cuando llegó la policía y puso fin a la reyerta. El lesionado Cuéllar falleció al día siguiente....."

Perfeccionada la investigación, el Juez Tercero Superior abrió causa criminal contra Raimundo Niño, previa referencia a las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima, y sobreseyó temporalmente, con orden de que se reabriera la investigación, en favor del desconocido que cooperó en el ataque.

El Tribunal Superior confirmó el auto de proceder del Juzgado, no sin advertir, una vez analizada la responsabilidad de Niño y la cooperación del desco-

nocido, que "en estas circunstancias — transcribe la Corte — como ambos tomaron parte en el homicidio, Raimundo Niño y el desconocido, pues ambos ocasionaron lesiones a Cuéllar que le produjeron la muerte, tiene plena aplicación la responsabilidad colectiva que trae el artículo 385 del C. P.", y "al jurado — ordena en otro aparte — se le someterán a su consideración todas aquellas circunstancias que tengan asidero en los autos".

Al Jurado se le propusieron las cuestiones referentes al hecho material y a su ejecución "a traición y sobreseguro y con alevosía, o en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión, o por el contrario, en estado de ira causado por grave e injusta provocación de parte del occiso"; cuestiones que fueron absueltas en la forma siguiente: la primera afirmativamente, y la segunda también afirmativamente pero con la circunstancia de la indefensión e inferioridad y con exclusión de las restantes.

El Juzgado, con base en el veredicto, le impuso la pena de diez y siete años de presidio, mediante el siguiente cómputo: veintidós años de presidio (artículo 363) en vista de las múltiples circunstancias de mayor peligrosidad (malos antecedentes, motivos innobles y fútiles, el aprovechamiento de la agresión de Guatame, la cooperación solicitada del desconocido) y de la indefensión e inferioridad de la víctima; y disminución de cuatro años y medio por causa del fenómeno de la complicidad correlativa (artículo 385) afirmado por el Tribunal en su auto de proceder.

El Tribunal Superior reformó la sentencia del Juzgado, en el sentido de disminuír la pena principal a diez años de presidio, fundado en las siguientes razones que la Corte resume: el hecho de que el jurado se hubiera limitado a reconocer la circunstancia de inferioridad e indefensión de la víctima, que es circunstancia de mayor peligrosidad, con desconocimiento de las restantes (traición y sobreseguro y con alevosía), sin que exista la premeditación, quitó al delito el carácter de agravado, y, además, el artículo 385 no tiene aplicación, por cuanto está aquí plenamente comprobado que Niño fue el autor del homicidio y aquella norma se refiere al caso en que no sea posible determinarlo cuando en la ejecución han concurrido dos o más individuos; así, pues, considerado el homicidio como intencional, y la indefensión e inferioridad como circunstancia de mayor peligrosidad, la pena impuesta a Niño debe ser la de diez años de presidio, en vez de la diez y siete y medio que le fijó el Juzgado.

II. — Decisión del recurso

El recurrente — como se dijo — invocó las causales primera, segunda, tercera, quinta y séptima, sin que las haya fundado separada y ordenadamente y sin que del contenido de sus memoriales pueda deducirse interpretación distinta a la de la inimputabilidad y a la de la localización de la responsabilidad en el desconocido que también atacó a Cuéllar.

Niño, en efecto, ataca la sentencia porque se les dio verosimilitud a los testimonios de Georgina Moreno y Mercedes y Carmen Ramos, quienes presenciaron la agresión; es decir, que hubo errada interpretación y apreciación de los hechos cuya existencia aquellas afirmaron ante el funcionario instructor y que constituyeron el fundamento de su condena, para concluír que el veredicto no está conforme con los datos del proceso y que, en consecuencia, debe declararse notoriamente injusto; pero, como los abogados que redactaron los memoriales de Niño deben saberlo, la injusticia notoria del veredicto dejó de ser causal de casación, y la segunda, que es la que ha querido fundar de preferencia en aquellos escritos, no es aplicable en los juicios de competencia de los Jueces Superiores, como en varios casos análogos lo ha decidido la Corte. Y aunque ello no fuera así, la sentencia no sería casable por ese motivo, ya que ninguna de las objeciones del recurrente, respecto a su responsabilidad — aquí plenamente probada — dieron respaldo en el proceso.

Ningún argumento distinto presentó el recurrente para fundar la violación de la ley penal, o la disconformidad de la sentencia con el auto de proceder o con el veredicto del jurado, o la omisión — en la sentencia — de los hechos que se consideraron probados o la contradicción del veredicto, ya que todo su razonamiento gira en torno de los testimonios ya referidos y de la responsabilidad excluyente del desconocido que hirió a Beltrán, para reafirmar su inimputabilidad y solicitar su absolución o — lo que es ilógico — la reapertura de la investigación.

El recurrente, por lo expuesto, no logró probar las causales alegadas, lo que necesariamente induce a la confirmación de la sentencia.

No obstante lo anterior, anota la Corte que el Tribunal Superior, al reformar la sentencia de primer grado, se apartó tanto del auto de proceder como del veredicto del jurado, adoptando así un sistema distinto al que el estatuto procesal establece para resolver la contradicción entre aquel auto y el veredicto. La Corte repite, a título de premisa, las siguientes constancias:

a) El Tribunal Superior, al confirmar el auto de proceder, no objetó las circunstancias anotadas por el Juez relativas a la indefensión e inferioridad en que estaba Cuéllar cuando Niño lo hirió, y, además,

sugirió la aplicación del artículo 385 por cuanto ambos, Niño y el desconocido, ocasionaron lesiones a Cuéllar que le produjeron la muerte;

b) El jurado aceptó la responsabilidad de Niño, así como la indefensión e inferioridad de la víctima, descartando las circunstancias de traición y sobreseguro y la alevosía;

c) El Juez, de acuerdo con el veredicto, aplicó el artículo 363 (numeral 5º) y también el artículo 385 en atención al auto del Tribunal, que dedujo la complicidad correlativa, y

d) El Tribunal Superior, opuestamente a su propio auto de proceder y al veredicto, sustituyó la figura del homicidio agravado por la del intencional y desechó la de la complicidad correlativa.

El Tribunal supone que el jurado, al desechar las circunstancias de "a traición y sobreseguro y con alevosía" (supervivencia del Código de 1890, artículo 586, numeral 3º) quitó al delito la calidad de homicidio agravado, y reconoció la indefensión o inferioridad de la víctima pero como circunstancia de mayor peligrosidad, tesis éstas que la Corte no puede compartir porque llevan en sí una clara violación de la ley penal.

La indefensión e inferioridad de la víctima es — ciertamente — a la vez, circunstancia de mayor peligrosidad y circunstancia modificadora del homicidio, pero deja de ser lo primero si está prevista como lo segundo, según la doctrina del artículo 37, de obligada aplicación en este caso.

"Son circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del agente — prescribe aquella norma — en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito"; y entre esas circunstancias — según la enumeración que hace el mismo artículo — está incluída la indefensión o la inferioridad; luego el Tribunal Superior no podía, a su arbitrio, sustituír la calidad de circunstancia modificadora del delito por la de circunstancia agravante de la responsabilidad, sin violar el mandato del artículo 37 del estatuto penal.

El jurado, además, al desechar la fórmula de "a traición, sobreseguro y con alevosía", tampoco quitó al homicidio el carácter de agravado para convertirlo en simplemente intencional, porque aunque es una de las formas casuísticas del antiguo Código Penal, constituye hoy modalidad de la indefensión o de la inferioridad, de modo que si el jurado aceptó éstas y desechó aquéllas, no modificó la calificación que del delito se hizo en el auto de proceder; la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento, apenas son algunas de las circunstancias que pueden poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, pero no todas, ya que el artículo 363 (numeral 5º) adopta la fórmula de "cualquier circunstancia" que ponga a la víctima en tales condiciones, que bien puede ser o la traición, o la alevosía o el sobreseguro, u otras no allí mencionadas.

Si el Tribunal, finalmente, tenía la convicción de que el veredicto era claramente contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente porque el homicidio fuera intencional y no agravado, bien habría podido — porque el artículo 554 lo autoriza — hacer la respectiva declaración y ordenar que el Juez convocara a nuevo jurado, pero no darle al veredicto — como le ha dado — una interpretación contraria a la ley, estableciendo así una contradicción entre la sentencia, el veredicto y el auto de proceder.

En cuanto al fenómeno de la complicidad correlativa, que el Tribunal desechó en la sentencia, observa la Corte que fue aquél, y no el Juzgado, quien — en el auto de proceder de segundo grado y en forma general — la sugirió y aceptó, sin considerar entonces el grado de participación de Niño y del desconocido en la ejecución del delito, ni la responsabilidad del primero como autor principal y único, comprobada mediante una pericia médico-legal clara y precisa. El Tribunal no podía, por lo tanto, subsanar el error en que incurrió en el auto de proceder, desconociendo en la sentencia la figura de la complicidad correlativa que la misma entidad había reconocido en aquel auto que, ejecutoriado como estaba, era ley del proceso.

Las anteriores observaciones, como es obvio, no inciden en el fallo en que se decide este recurso, ya que — dadas la gravedad del delito y la peligrosidad del procesado — la invalidación de la sentencia reagravaría la posición de Niño, conclusión distinta a que se habría llegado si el Ministerio Público hubiera sido el recurrente, y no únicamente el procesado Niño.

III. — El fallo

En atención, pues, a que no se fundó ninguna de las causales invocadas, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 22 de mayo de 1944, por la cual condenó a Raimundo Niño — con aplicación del artículo 362 del Código Penal — a la pena de diez años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Eduardo Cuéllar Rivera.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio. en ppdad.

LA INSENSIBILIDAD MORAL, CUALIDAD DE LOS DELINCUENTES INSTINTIVOS. SISTEMA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre primero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Gabriel Bohórquez Morales, en un memorial suscrito por él y redactado seguramente por un abogado, vistos su redacción y contenido, ya que el recurrente apenas si sabe leer y escribir, formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, del 13 de diciembre del año pasado, por la cual fue condenado a la pena de diez años de presidio por el delito de homicidio intencional en la persona de Elías Buitrago, y al pago de la suma de mil pesos a los herederos del occiso a título de indemnización de los perjuicios morales ocasionados por el delito.

No obstante que el señor Procurador Delegado en lo Penal se exime de contestar la demanda, fundado en que ésta no fue firmada por abogado inscrito como lo ordena el artículo 40 de la Constitución Nacional, y solicita, por tal razón, que se declare desierto este recurso, la Corte, aunque respetando las tesis del mencionado alto funcionario, procede a decidir las cuestiones que aquí se le han planteado, por cuanto este recurso fue interpuesto antes del 17 de febrero del presente año, día en que se inició la vigencia de la norma constitucional invocada.

Como premisas de la resolución que ha de adoptarse, se resumen en seguida los hechos, conforme la investigación los ha determinado, las actuaciones y providencias que precedieron a la condena y, por último, la sentencia y los fundamentos tanto de ésta como de la demanda.

I. — Resumen de los hechos

El origen y motivo del delito — según las pruebas del proceso — fue un incidente de importancia insignificante. Por la vía que de la población de Miraflores (Boyacá) conduce al sitio de Berbeo, Elías Buitrago devolvía los semovientes en que había llevado unas cargas de miel a aquella población, pero como a una de las mulas se le hubiera soltado el pisador de la jáquima, detuvo los animales, mientras los arreglaba, lo que obstruyó momentáneamente el paso de la gente por la vía. Gabriel Bohórquez, cuyo paso por allí coincidió con aquel hecho, le dirigio a Buitrago estas palabras, que sus compañeros oyeron claramente y repitieron ante el funcionario instructor: "No pare las mulas en el camino, gran jediendo (sic), el camino es para cruzar la gente, no es para pasar las mulas", palabras que Buitrago contestó, diciéndole que extraviara y no fuera **pendejo.** A esta contienda verbal siguió un conato de agresión, que se limitó a unos empujones mutuos, y Buitrago, sin darle mayor valor a este pasajero incidente, tomó el lazo que aseguraba uno de sus animales, y se dirigió tranquilamente hacia la tienda cercana. Bohórquez, cuando Buitrago se retiraba, se fue detrás, y mientras aquél se hallaba absolutamente desprevenido, le hundió por la espalda su puñal; Buitrago, a pesar de herida tan grave, se volvió rápidamente y dio a su agresor unos palos en la cabeza, que le produjeron una incapacidad de veinte días, y Buitrago, que había sufrido la apertura de la aorta, cayó muerto en el mismo sitio.

II. — Las actuaciones procesales

Perfeccionada la investigación, el Juez 3º Superior del Distrito Judicial de Tunja abrió causa criminal contra Bohórquez el 1º de septiembre de 1942 y sobreseyó definitivamente en favor de Buitrago, por causa de muerte, por las lesiones hechas a Bohórquez.

El jurado declaró, en su veredicto, la responsabilidad de Bohórquez como homicida intencional, a pesar de los esfuerzos hechos por el defensor para que se adicionara el veredicto con la circunstancia de la ira causada por grave provocación, estado que aquél dedujo de la afirmación de uno de los testigos que vio — dijo — una agresión a palo antes de la muerte de Buitrago, pero sin precisar quién fuera el agresor, y que los jurados no aceptaron.

Acogido que fue el veredicto en toda su integridad, previos estudio y declaración de su conformidad con los datos del proceso, el Juez 3º Superior condenó a Bohórquez a la pena de ocho años de pre-

sidio, con aplicación del mínimo del artículo 362 del Código Penal, y a pagar a los herederos del occiso — sin que se hubiera hecho avalúo — la suma de dos mil trescientos pesos moneda legal a título de perjuicios.

No aceptó el Tribunal las tesis del Juez Superior, ni en cuanto a la pena ni en cuanto a la fijación de perjuicios, y, por las razones que posteriormente se resumen, aumentó a diez años la primera, por cuanto no se tuvieron en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad claramente probadas, fijó en la suma de mil pesos los perjuicios morales y condenó en abstracto por los perjuicios materiales.

Estas discrepancias entre las sentencias del Tribunal y del Juzgado, las ha planteado el recurrente en su demanda, con el ánimo de que la Corte — al decidir el recurso — reduzca la pena al mínimo del artículo 362 y derogue la condena a título de perjuicios.

III. — Estudio del recurso

Sin que la demanda esté muy de acuerdo en su forma y contenido, con los requisitos del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aquí aplicable en virtud del artículo 7 del de Procedimiento Penal, el recurrente invoca en ella las causales primera y segunda del artículo 567 del último de los Códigos nombrados, o sea la violación de la ley penal y la errada interpretación o apreciación de los hechos.

No considera la Corte la segunda causal, porque — conforme a doctrina ya adoptada — no es ella aplicable en los juicios en que el jurado ha intervenido, por la muy simple razón de que, concentrada al examen de los hechos, conduciría — si se fundara — a la revisión del veredicto, esto es, a una declaración de su contraevidencia, atributo éste privativo — por mandato de los artículos 537 y 554 del estatuto procesal penal — de los Jueces y Tribunales, y nó de la Corte; y esta tesis es tanto más jurídica cuanto que la injusticia notoria del veredicto, equivalente de la contraevidencia, que en la vigencia del antiguo Código (Ley 118 de 1931) constituía causal de casación, fue expresamente excluída del nuevo, ya que ello desvirtuaba y desnaturalizaba el contenido y la finalidad jurídicos de este recurso, en el que sólo pueden debatirse problemas de derecho y no de hecho.

Como el recurrente, en los fundamentos de la primera causal, objeta — por inexistentes — las circunstancias de mayor peligrosidad determinadas en los numerales 3º y 6º del artículo 137 del estatuto penal, y también la condena por perjuicios, separadamente analiza la Corte estas dos cuestiones.

a) Circunstancias de peligrosidad

"Como circunstancias de **mayor** peligrosidad — dice el Tribunal en su sentencia — militan en contra del acusado las contempladas en los numerales 3º y 6º del artículo 37 del Código Penal; consistentes en la futileza del motivo porque obró; el haber atacado por la espalda a su víctima en momentos en que se hallaba ésta desprevenida y desprovista de arma de igual eficacia a la del agresor, circunstancias que dificultaron la defensa del perjudicado, que pusieron en condiciones de inferioridad al ofendido; y que demuestran una mayor insensibilidad moral en el delincuente".

Impugna el recurrente estas afirmaciones del Tribunal, en los siguientes términos, más o menos, que la Corte sintetiza. No fue fútil el motivo que lo impulsó al delito, porque si él atacó a Buitrago, lo hizo bajo el ímpetu de la ira que le produjo el ataque a garrote de que inmediatamente antes fue víctima por parte del occiso, estado o circunstancia que también excluye la imputación de insensible moral que le hizo el Tribunal. Omitió éste, además — añade — tener en cuenta circunstancias de menor peligrosidad, tales como el haber obrado en estado de ímpetu de ira provocado injustamente y el haber confesado su delito.

"Como la inexistencia de circunstancias de mayor peligrosidad — termina — unida a la existencia de circunstancias de menor peligrosidad imponen la aplicación de la pena mínima señalada en el artículo 362 del Código Penal, la ley penal, ha sido erróneamente interpretada en sus artículos 39 y 362".

Lo que la Corte debe decidir, en esta primera parte, es si hay base en el proceso para afirmar que Bohórquez ultimó a Buitrago por un motivo fútil, si el modo de ejecución del delito dificultó la defensa del agredido y demuestra a la vez insensibilidad moral en el agresor, y si éste, en verdad, obró en estado de ira injustamente provocado y si confesó espontáneamente su delito.

El motivo, en la forma en que el recurrente lo presenta, no tiene aquí existencia ni fundamento algunos. Bohórquez, en efecto, afirma que atacó a Buitrago, en un ímpetu de ira provocado por la agresión a palo de que fue víctima inmediatamente antes de que le asestara la fatal puñalada; pero esta afirmación está integralmente desvirtuada por quienes presenciaron los hechos y declararon haber sido evidente que Buitrago atacó a Bohórquez, pero después y no antes de que éste lo hubiera herido. Esta hipótesis, que el recurrente también invoca para objetar la no aplicación de la tercera circunstancia de

menor peligrosidad, no está aquí, en consecuencia, acreditada.

No explicó el Tribunal, es cierto, cuál fuera el motivo del delito ni menos el carácter de fútil que le dio, pero no es difícil suponer que haya considerado como tal el incidente entre Bohórquez y Buitrago, en todo caso provocado por Bohórquez, que los llevó a ambos a una mutua contienda de palabras y empujones y en la cual ambos, cada uno bajo la acción del otro, cayeron a tierra, incidente éste que si no creó reacción alguna en Buitrago, que se retiró indiferente como si nada hubiera sucedido, sí en Bohórquez, hombre de temperamento impulsivo, que al levantarse del suelo y ver alejarse a su contendor, lo atacó repentinamente, en un acto irreflexivo, y por la espalda. No se trata aquí, pues, de ese motivo insignificante y baladí, sin importancia alguna, que conduce al delito y que la ley considera como sintomático de peligrosidad, pues si fue cierto que Bohórquez — que había tomado guarapo varias veces en la vía de Miraflores a aquel sitio — se encolerizó porque las mulas de Buitrago le impedían el paso, también lo fue que éste contestó las frases agresivas de aquél, y que culminaron en un conato de riña. El motivo del acto de Bohórquez, irreflexivo y súbito, tratándose de un homicidio intencional, deja de ser agravante, para confundirse con la esencia o naturaleza misma del delito.

En cuanto a la otra circunstancia de mayor peligrosidad, la conclusión es opuesta, aunque no acorde en su totalidad con la tesis por el Tribunal expuesta en su sentencia. Aquí el modo de ejecución del delito, es decir la agresión por la espalda, impidió al agredido su defensa, pues sólo cuando éste se sintió herido, se volvió rápidamente apenas alcanzando, antes de caer muerto, a darle a su agresor varios golpes de palo en la cabeza; y si aquella modalidad no alcanza a constituír alevosía, sí la circunstancia de peligrosidad que con justicia indujo al Tribunal a agravar la responsabilidad de Bohórquez.

La Corte — y es esto en lo que no coincide con el Tribunal — no acepta que el modo de ejecución de este delito compruebe la insensibilidad moral del infractor, ya que ésta es cualidad o atributo de una categoría antropológica de delincuentes — los instintivos — dentro de la cual no parece pueda ser comprendido Bohórquez, cuyos antecedentes y comportamiento, anterior y posterior al delito, le dan más bien el carácter de un delincuente ocasional, menos peligroso que el instintivo, en todo caso.

En cuanto a las circunstancias de menor peligrosidad — el ímpetu de ira provocada injustamente y la confesión voluntaria del delito — cuya consideración y aplicación omitió el Tribunal, la objeción del recurrente es infundada, porque si aquí — como se dijo anteriormente — no hubo provocación de ninguna especie por parte de Buitrago, la ira que pudo haber impulsado a Borórquez a ultimarlo, no fue provocada, y entonces le falta la condición que la ley exige para que constituya circunstancia de menor peligrosidad.

El recurrente, también infundadamente, imputa al Tribunal violación de la ley penal, porque no tuvo en cuenta la confesión voluntaria del delito; la confesión aisladamente considerada, en efecto, no constituye prueba de menor peligrosidad, si el infractor no se ha presentado voluntariamente después de cometido el delito; y Bohórquez — según la indagatoria y testimonios — intentó en forma tan positiva evadir la acción de la justicia, que opuso resistencia agresiva a quienes lo persiguieron y aprehendieron, y si en algunas de las respuestas del interrogatorio que le formuló el funcionario de instrucción, en la indagatoria, dio una versión ilógica y confusa a veces, intencionada otras, negó — indirectamente— haber sido el autor de la muerte de Buitrago.

No obstante las anotadas discrepancias con el Tribunal, en cuanto al carácter fútil del motivo y a la insensibilidad moral del agresor, no puede afirmarse — como lo ha hecho el recurrente — que se hayan violado los artículos 39 y 362 del Código Penal y que, en consecuencia, deba reducirse la pena impuesta al mínimo del último de los artículos citados.

b) La condena por perjuicios

El Juez Superior — en su sentencia — condenó a Bohórquez a pagar a los herederos de Buitrago, la suma de mil ochocientos pesos — que la esposa del occiso fijó en su demanda a título de perjuicios materiales, y la de quinientos pesos, a título de morales, decisión ésta que el Tribunal reformó en el sentido de elevar a mil pesos los perjuicios morales, y de condenar en abstracto en cuanto a los materiales, por cuanto no fueron oportunamente avaluados.

El recurrente afirma que el Tribunal no podía, de por sí y arbitrariamente, fijar la cuantía de los perjuicios morales, en atención a que — de acuerdo con el artículo 95 del Código Penal — sólo puede usar de esa facultad, cuando no hubiere sido fácil o posible avaluarlos pecuniariamente, caso que aquí no se presentó, porque si no se avaluaron, no se debió a dificultad o imposibilidad alguna, sino a que la parte civil ni el Ministerio Público — éste obligado por mandato de los artículos 93 del estatuto penal y 121 del procesal penal — hicieron gestión alguna

para que se nombraran los peritos que oportunamente hicieran tal avalúo.

No es infundada la objeción del recurrente, sea que se limite a la tesis del Tribunal, sea que se extienda a la del Juez, ésta aún en mayor discordancia con la ley que la primera porque, cuando se trate de avalúos — según la doctrina del artículo 256 del estatuto procesal penal — es la prueba pericial, y nunca la testimonial, la que debe decretarse y apreciarse, ya que el sistema de prueba se subordina siempre a la especie y naturaleza del hecho cuya certeza o evidencia se persigue.

No obstante la anterior glosa — que sólo tiene aquí una finalidad teórica, ya que la Ley 4ª de 1943 desnaturalizó el contenido de institución de Derecho Público que le había dado el Código Penal — la Corte no tiene facultad para decidir este problema planteado en el recurso, por causa de la cuantía de los perjuicios, que aquí es menor de tres mil pesos. (Artículo 559 del Código de Procedimiento Penal).

Del estudio de las tesis del Tribunal y del recurrente, hecho anteriormente, se deduce:

a) Que no fue bien aplicada la tercera circunstancia de mayor peligrosidad, en cuanto al motivo del delito se le dio carácter de fútil, ni tampoco la sexta en cuanto el modo de ejecución demuestra la insensibilidad moral del delincuente;

b) Que no están probadas las circunstancias tercera y sexta de menor peligrosidad relativas al ímpetu de ira provocada injustamente ni a la confesión voluntaria del delito;

c) Que la circunstancia sexta de mayor peligrosidad, en cuanto a que el modo de su ejecución dificultó la defensa del agredido, está rectamente calificada y apreciada e impide, por imperio de la ley (artículos 36 y 39 del Código Penal), la fijación de la pena mínima, y

d) Que el Tribunal, en su sentencia, al aumentar a diez años el tiempo de pena fijado por el Juez, no interpretó erróneamente ni aplicó indebidamente los artículos 39 y 362 del Código Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el Procurador Delegado, no invalida a sentencia del Tribunal Superior de Tunja, del 13 de diciembre del año pasado, por la cual condenó a Gabriel Bohórquez, a la pena de diez años de presidio, por el delito de homicidio en la persona de Elías Buitrago, cometido en las horas de la tarde del día 27 de abril de 1942, en jurisdicción del municipio de Miraflores.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello, Secretario.

FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA DE LOS SOBRESEIMIENTOS DEFINITIVOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bagotá, octubre quince de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, previo cumplimiento de las normas procesales pertinentes, decide, mediante esta providencia, el recurso de apelación que el Fiscal del Tribunal de Pasto interpuso contra el auto del 14 de septiembre de 1943, por el cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Alfonso Rebolledo Pérez, Juez Promiscuo del Circuito Penal de La Cruz (Departamento de Nariño), acusado de cohecho ante el mencionado Tribunal.

La discrepancia entre esta Corporación y el Fiscal recurrente no se refiere al sobreseimiento definitivo, que el Fiscal pidió y el Tribunal decretó, sino a la negativa de éste para que se adicionara el auto con la orden de consulta a la Corte, negativa fundada en que ésta — en varias doctrinas — se había inhibido, por inexistencia de facultad expresa, de decidir consultas de autos de sobreseimiento definitivo dictados por los Tribunales Superiores.

Aunque la Corte, desde la sentencia del 18 de septiembre del año pasado, por medio de la cual resolvió favorablemente el recurso de Indalecio Pulido contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, adoptó — contrariamente a la anterior — la tesis de que los sobreseimientos definitivos, nó los temporales, dictados en primer grado por los Jueces, deben ser consultados a la autoridad superior (Jueces de Circuito o Tribunales), es oportuno resumir los fundamentos de la nueva doctrina y decidir sí ésta es o nó aplicable a los autos que dictan los Tribunales Superiores en su calidad de autoridades jurisdiccionales de primer grado, ya que el Fiscal recurrente plantea el problema en forma general.

Dos son, pues, las cuestiones que se analizan en esta providencia: la consulta en general y la consulta ante la Corte.

I. — La consulta en general

La consulta — según el artículo 184 del estatuto procesal penal — es un grado de jurisdicción al cual deben ser sometidas algunas providencias judiciales cuando, quienes tienen interés en impugnarlas — defensor o apoderado, procesado, Ministerio Público— tácita o expresamente aceptan, y, en consecuencia, se abstienen de ejercitar el derecho que les confiere la ley; es, pues, una institución procesal, según la cual la ley — con la finalidad de que la providencia sea revisada en la jerarquía inmediatamente superior — suple por razones de orden público, en forma indirecta, la omisión voluntaria o involntaria de las partes interesadas en el proceso; se quiere, en suma, que las decisiones judiciales, al sometérselas al análisis de la doble jurisdicción, sean ratificadas si se acomodan a las normas positivas del derecho, o rectificadas si en ellas se incurrió en errores que, en garantía de la justicia, deban subsanarse.

No se debate aquí la competencia de los Tribunales Superiores para decidir las consultas que se hagan en los procesos criminales que se siguen ante los Jueces de Instrucción, de Circuito o Superiores, por cuanto la norma del artículo 44 (numeral 3º) es suficientemente clara y explícita, sino cuáles son las providencias — autos o sentencias — que deban ser sometidas, mediante consulta, a la revisión de Tribunales, según la norma del artículo 184.

Respecto de las últimas no surge duda alguna, ya que los artículos 189 y 539 del Código de Procedimiento ordenan la consulta de las sentencias de primer grado cuando no han sido apeladas dentro del término legal, "siempre que la infracción porque se proceda — estatuye el segundo de los artículos citados — tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año"; tampoco la duda existe en cuanto a la sentencia que ordena — por las causas allí especificadas — la cesación del procedimiento, porque el artículo 153, que la autoriza, es norma de contenido imperativo.

El problema planteado por el Fiscal del Tribunal Superior de Pasto se concreta a los autos de sobreseimiento definitivo dictados por los Jueces de Circuito y Superiores y a los dictados por los Tribunales, unos y otros como entidades de primera instancia.

Afirma el Tribunal, en el auto por el cual negó la solicitud de que se consultara el sobreseimiento definitivo en favor del doctor Rebolledo Pérez, que no hay norma expresa que ordene esa consulta, nega-

tiva que funda en doctrina de la Corte ya revisada y que, por lo tanto, es necesario resumir, no sin antes exponer brevemente algunos principios de interpretación, aquí aplicables, de la norma procesal penal.

No obstante que la interpretación, en lo general, consiste en la reconstrucción y afirmación de la norma según la voluntad del legislador de quien emana y los fines para los cuales fue dictada, en materia procesal penal rige especialmente la interpretación sistemática, consistente en la coordinación y elaboración de conjunto de las disposiciones contenidas en todo el Código, y desde el punto de vista de los fines del proceso, la interpretación restrictiva o extensiva según el caso.

"Las normas de procedimiento penal — dice Florian — atribuyen derechos y facultades a las diversas personas que participan en el proceso, pero también establecen prohibiciones, nulidades y caducidades. Evidentemente, refiriéndonos a los fines del proceso, podemos comprender que la interpretación extensiva es aplicable a propósito de los derechos y facultades, y la restrictiva a propósito de las prohibiciones, nulidades y caducidades". ("Principios de Derecho Procesal Penal").

Sea cual fuere el sistema de interpretación que se adopte, a excepción de la restrictiva, no aquí aplicable por cuanto no se trata de normas que instituyen nulidades, prohibiciones o caducidades, el análisis comparativo de los artículos 44, 410 y 430 del Código de Procedimiento Penal, lleva a una conclusión opuesta a la del Tribunal Superior de Pasto.

Las normas acabadas de mencionar están expresadas, literalmente, en las formas siguientes:

"Se pondrá provisionalmente en libertad, con caución — establece el artículo 410 — al procesado respecto del cual **se haya sobreseído** o a quien se haya absuelto en primera instancia, cualquiera que sea la infracción porque se proceda".

"Cuando el auto de proceder no fuere apelado y los procesados, siendo varios, **no fueren todos llamados a juicio** — dice el artículo 430 — o cuando haya serios motivos para temer que existen otro u otros partícipes del delito que aún no han sido descubiertos, **se sacará copia del proceso para la consulta del sobreseimiento** o la continuación de la investigación, sin suspender el juicio".

Aplicando el criterio de la interpretación sistemática, consagrado por el artículo 30 del estatuto civil, se deducen las siguientes conclusiones:

a) Si — conforme a los artículos 189 y 410 — las sentencias, entre ellas la absolutoria, crean para el Juez la obligación de consultarlas y para el procesado el derecho a la concesión de la libertad provisional, y si el sobreseimiento, conforme al artículo 410, crea para el procesado el mismo derecho, debe también crear para el Juez la misma obligación, ya que, tratándose de providencias análogas en su contenido y en sus consecuencias, las normas que rigen la una deben también regir la otra, y

b) Si conforme al artículo 430, cuando hay varios procesados y se dicta auto de proceder contra unos y sobreseimiento en favor de otros, éste debe ser consultado, no sería lógico que si el sobreseimiento favorece a uno solo, esta circunstancia exima de la obligación de la consulta.

Aplicado el criterio de la voluntad del legislador y del objeto de la norma, la conclusión es idéntica.

La comisión que elaboró el Código de Procedimiento Penal reiteró en varias oportunidades el principio de la consultabilidad de los sobreseimientos, como en seguida se prueba.

El artículo 410, cuyo proyecto fue propuesto por el doctor Luis Rueda Concha, en la sesión del 23 de julio de 1937 (Acta número 217), se aprobó, por unanimidad, en la sesión del 27 de los mismos mes y año. Dicho artículo, tal como la comisión lo adoptó, dice:

"Se pondrá provisionalmente en libertad, con caución, al procesado respecto del cual se haya sobreseído o a quien se haya absuelto en primera instancia, **mientras se surte la apelación o consulta a que hubiere lugar** — subraya la Corte — cualquiera que sea la infracción a que hubiere lugar".

Y no hay constancia en las Actas de la Comisión de que ésta hubiera suprimido la frase subrayada, lo que significa que ello, por extraño que sea, no puede interpretarse opuestamente al principio de la consultabilidad, pues si así fuera, desaparecería la razón de la libertad provisional, y el procesado a quien se hubiere sobreseído o absuelto tendría el derecho — contrario a la norma — a su libertad.

Aún más, cuando en la Comisión se debatía la necesidad de consultar la providencia del artículo 153, consulta propuesta por el doctor Rueda Concha, el doctor Escallón expuso lo siguiente, que fue aceptado: "En mi opinión — dijo — la consulta debe abarcar todas las sentencias, aún las absolutorias. En efecto, **se admite que todo auto de sobreseimiento se consulta** — subraya la Corte—; igual o mayor razón hay entonces para consultar la sentencia que absuelve". Significa esto que la razón que tuvo la Comisión para fundar la consulta de la sentencia del artículo 153 es la misma que tuvo para fundar la del sobreseimiento, lo que es aún más claro si se estudia el origen de aquella sentencia y su identidad jurídica con el sobreseimiento definitivo.

La denominación y carácter de sentencia que la Comisión dio a la providencia del artículo 153, se explican por el origen de esta norma, tomada casi textualmente del artículo 152 del nuevo Código italiano, Código que da también el nombre y carácter de sentencia a la providencia (artículo 378) que en nuestro Código corresponde al sobreseimiento definitivo.

El Código italiano, en efecto, da la denominación genérica de sentencia ("sentenza di proscioglimento") a las providencias que el Código colombiano dicta en virtud de los artículos 153, 159 (ordinal g) y 457 y que el tratadista De Marsico — citado por el Procurador Delegado para sostener la tesis de la consultabilidad — llama "sentencias sustanciales" porque deciden sobre el mérito o mejor sobre el fundamento del objeto de la acción, para distinguirlas de las "sentencias procesales", que no deciden sobre el mérito, sino que cierran igualmente una fas de la relación procesal por una razón de derecho procesal, dejando por consiguiente la posibilidad de que aquella relación se instaure nuevamente.

Analizadas las providencias de los artículos 153 y 437 del estatuto procesal colombiano — que el italiano comprende dentro de la denominación de "sentencias sustanciales" — se concluye que si tienen idénticos fundamentos e idénticas consecuencias jurídicas, como los tienen, deben estar sometidas a las mismas condiciones y garantías, y que si la sentencia del artículo 153 requiere la consulta, también la requiere la del artículo 437, que es el sobreseimiento.

Añádase a esto que si los redactores del Código hubieran adoptado para el sobreseimiento definitivo la misma denominación de sentencia que, inspirados en el Código italiano, dieron a la providencia sobre cesación del procedimiento, dada la identidad sustancial de uno y otra, ningún problema de interpretación habría surgido.

Sea, pues, que se adopte el criterio de la interpretación exegética, o el de la interpretación sistemática, o el de la interpretación extensiva, la conclusión es idéntica.

II. — La consulta ante la Corte

La tesis del Tribunal de Pasto, en armonía con la que la Corte había adoptado, según la cual ésta no tiene facultad para revisar, en virtud de consulta, las providencias que dicten en primera instancia los Tribunales, por falta de norma expresa, es igualmente vulnerable.

El artículo 42, en efecto, al enumerar los asuntos de que, privativamente, conoce la Corte, entre ellos las apelaciones contra providencias dictadas en primera instancia por los Tribunales, omitió las consultas, contrariamente al artículo 44, que las enumera, entre los negocios atribuídos a los Tribunales; pero ese aparente vacío no induce a afirmar que la Corte no tenga facultad para decidir sobre la consulta de las providencias que, de acuerdo con el estudio anterior, están sometidas a dicha condición, porque lo contrario constituiría una excepción, que en sí sería un privilegio, que la ley no ha creado, y que quebrantaría la institución de las instancias en las causas de responsabilidad contra los Jueces de Circuito y Superiores, que no tienen otro fuero procesal sino el de ser juzgados, en primera instancia, por los Tribunales, y en la segunda, por la Corte; se llegaría, en suma, a la conclusión de que tales causas tendrían una instancia solamente, y de que, en ellas, no tendrían aplicación los artículos 410 y 430 del Código de Procedimiento Penal, lo que es inaceptable.

Cabe aquí, pues, el criterio de la interpretación analógica, de modo que si los Tribunales tienen facultad para conocer de las consultas de providencias dictadas por los Jueces, la Corte — por análogas razones — la tiene para conocer de las consultas de providencias dictadas por Tribunales Superiores, criterio éste que la Jurisprudencia italiana ha concretado así: cuando la ley no ordena ni prohibe, el Juez y las partes tienen cierta libertad, siempre que se actúe conforme a los fines del proceso y a los principios fundamentales que lo rigen.

Se concluye — opuestamente a la tesis del Tribunal de Pasto — que las sentencias y sobreseimientos definitivos que dicten los Tribunales Superiores, en primera instancia, deben ser consultados a la Corte, y que el recurso interpuesto por el Fiscal del Tribunal de Pasto, en consecuencia, prospera.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, ordena devolver este negocio al Tribunal Superior de Pasto con el fin de que se consulte el auto de 14 de septiembre de 1943 por el cual se sobreseyó definitivamente en favor del Juez doctor Alfonso Rebolledo Pérez por el delito de cohecho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Jorge E. Gutiérrez A. — Jorge Gutiérrez Gómez, (Conjuez). — **Julio E. Argüello,** Secretario.

LA IRA EN LA EJECUCION DEL DELITO

1.—Si el Jurado se quedó corto en su decisión, es decir, si es trunco el veredicto, como parece darlo a comprender el autor de la demanda en el caso de autos, ese vacío no lo puede llenar la Sala, no sólo por la naturaleza y limitaciones del recurso extraordinario que ante ella se ventila, sino porque su criterio, que es de confrontación del fallo ante la ley, en nada se parece al del Jurado, cuya función consiste en estimar el hecho ante su conciencia.

2.—La ira, admirablemente definida como una locura breve, no excusa el delito o le merma intensidad, sino cuando es justa; como la defensa no es legítima sino cuando hay ataque a quien por repelerlo mata o hiere. De otro modo, bastaría reconocer uno solo de los términos de la proposición de la norma que señala los requisitos para conceder tan especial atenuación. Y se llegaría entonces a extremos inaceptables, cuyo solo enunciado invitaría al franco rechazo. "Maté porque me dio rabia", sería razón suficiente para restar del hecho una considerable cantidad punible!

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Tiene a su estudio esta Sala de la Corte Suprema la demanda de casación presentada por el doctor Carlos Arturo Díaz, como apoderado de Luis Ricardo Plata Rueda, de veintinueve años de edad, contra la sentencia de nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior de San Gil, en la cual se condenó al procesado que acaba de mencionarse a la sanción principal de ocho años de presidio, como responsable de haberle dado muerte, sirviéndose de un cuchillo, a Pedro Gómez Pinilla, de sesenta y tres años de edad, hecho que ocurrió en la tarde del veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta, dentro de la casa del occiso, situada en el sitio de "El Naranjito", Municipio de Zapatoca, hallándose el infractor excitado por el alcohol, cuyos efectos despertaron en él el recuerdo de anteriores ofensas de parte de la víctima, quien lo había denunciado como autor de un delito contra la propiedad, perpetrado en la noche del siete de julio de mil novecientos treinta y seis.

La sentencia impugnada fue proferida en desarrollo del veredicto afirmativo del Jurado, reunido en audiencia pública el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, en la cual el Juez del conocimiento (1º Superior de San Gil) propuso a la consideración de aquél la siguente única cuestión:

"El acusado Luis Ricardo Plata Rueda es responsable —Sí o No— de haber dado muerte intencionalmente a Pedro Gómez Pinilla, por medio de las heridas que le infirió, descritas en la diligencia de autopsia visible al folio 5 y v., hecho acaecido en las horas de la tarde del día veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta, en la casa-tienda del citado Gómez Pinilla, situada dentro del área de la ciudad de Zapatoca?"

La respuesta, que fue afirmativa, como ya se dijo, quedó, sin embargo, adicionada, así:

"...pero en estado de ira e intenso dolor".

El Juez había impuesto la sanción de dos años y ocho meses de presidio, creyendo que por lo agregado era aplicable el artículo 28 del Código Penal. Pero el Tribunal corrigió el error, a propósito del cual dijo:

"...Para que tenga cabida la atenuante del artículo 28 C. P., se requiere, como lo ha expresado en casos semejantes esta corporación, que el estado de ira e intenso dolor haya sido causado por una provocación del occiso, de carácter grave y a la vez injusta. De modo que, como en el evento actual, una sola de estas circunstancias es insuficiente para disminuir en forma tan sensible la pena correspondiente al autor de un homicidio".

"...De modo, pues, que el homicidio de que es autor responsable Luis Ricardo Plata Rueda no pasa de ser simplemente intencional, pues el es-

tado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación por parte del occiso carece de respaldo probatorio, y la agregación del jurado sólo alcanza la categoría de circunstancia de menor peligrosidad, según el ordinal 3º del artículo 38 del C. P.".

Y de allí que reformara el fallo, fijando como sanción mínima la del artículo 362.

Es precisamente en atención a esta exégesis que se ha recurrido en casación, invocando las causales 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se hallan fundadas en un mismo argumento, o sea, que por haberse dictado la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado que correspondía a una situación jurídico-penal distinta de la apreciada en segunda instancia, se violó la ley del Código de las sanciones.

Demanda de casación

Después de un breve análisis etimológico de la palabra "provocación", análisis encaminado a establecer que el acto del extraño que estimuló y produjo la exasperación no es indispensable para que resulte integrado el fenómeno que el Jurado reconoce en el sujeto activo del delito, dice el demandante:

"La provocación no es, pues, otra cosa que la causa determinante de la ira o del dolor y por consiguiente del hecho mismo y por esta razón todas las legislaciones lo atenúan. Pero esta provocación debe considerarse con relación al estado psicológico del agente, porque este estado es el que produce esos efectos de la ira o del dolor, por eso Florián dice con sobra de razón, que más "que la realidad de la ofensa, es esencial lo que realmente le pareció al agente..."

Entra luego a hacer algunas disquisiciones acerca del elemento "tiempo" en los estados de ira o de dolor —todo ello con citas de varios autores—, para demostrar que la ofensa que hace estallar la cólera o es causa del dolor, puede haber sucedido mucho antes, o, lo que es lo mismo, que no se requiere que ella sea actual.

Concepto del Ministerio Público

En pocos y concisos párrafos el Señor Procurador Delegado en lo Penal rebate la tesis expuesta en la demanda, pidiendo, en conclusión, que no se invalide el fallo materia del recurso.

Fundamentos de esta opinión van en seguida:

"Con relación al caso planteado por el señor demandante la Procuraduría ha sostenido, y su opinión ha sido acogida por la H. Corte, que la circunstancia modificadora de haberse cometido el hecho en estado de ira, causado por grave e injusta provocación, debe ser materia de debate y encontrarse explícita, expresa e inconfundiblemente manifestada en el veredicto, pues de lo contrario apenas serviría para ser tenida como demostrativa de menor peligrosidad para la aplicación de la sanción, según las normas indicadas en el artículo 36 del Código Penal.

"...Al decirse que la ofensa debe ser injusta, quiere significarse que sea contraria al derecho y no provocada por la acción misma de quien luego reacciona ante la ofensa. Sólo en este sentido, la provocación adquiere un alcance jurídico para constituir la verdadera excusa modificadora que prevé la ley. En la hipótesis de la provocación, lo que excusa no es la cólera, sino la causa justa de la cólera; de lo contrario, todo estado emocional de ira o pasional de dolor intenso serviría para atenuar fundamentalmente la responsabilidad, a pesar de que la emoción o la pasión tuviesen el origen más innoble y antisocial que pueda imaginarse, y una tesis tan peligrosa para la colectividad, es inadmisible.

"Como estas son cuestiones de hecho q' influyen específicamente en la determinación de la pena, ellas deben ser calificadas por el Jurado en los juicios en que él interviene; y sólo así puede el juzgador tenerlas en consideración en la sentencia para los efectos de individualizar la sanción.

"En el presente caso, el Jurado se abstuvo de reconocer la gravedad e injusticia de la provocación constitutiva del estado de ira o de dolor, lo que quiere decir que faltan algunas condiciones esenciales para poder aplicar correctamente el artículo 28 del Código Penal que invoca el señor apoderado".

Al referirse a la causal 1ª, dice el Procurador:

"El demandante hace al final de su escrito unas someras consideraciones sobre lo que él estima no sólo una errónea interpretación, sino también una indebida aplicación de la ley penal. Pero tan escuetas afirmaciones apenas sirven para enunciar la causal, mas no para fundamentarla".

Considera la Sala

Bien están los razonamientos del demandante cuando examina y deduce de su examen lo que se entiende por "provocación", lo mismo que cuan-

do expresa cuál es el criterio que prima en cuanto al lapso que transcurra entre el ultraje y la reacción. Todo ello ha sido materia de ilustrados debates y discutido y planteado con lujo de erudición jurídica en numerosos libros de tratadistas, que coinciden en su mayoría en descartar el aspecto cronológico de la cuestión en su sentido material y rígido, puesto que el tiempo, la medida única, por así decirlo, que sirve y debe utilizarse para apreciar estos fenómenos del espíritu, es de índole o calidad psicológica, más bien que inflexiblemente física.

Pero es que aquí no se trata de ese problema. Lo que es oportuno averiguar es si la sentencia se ajusta al veredicto, y nada más. Nada más, porque si el Jurado se quedó corto en su decisión, es decir, si es trunco el veredicto, como parece darlo a comprender el autor de la demanda, ese vacío no lo puede llenar la Sala, no sólo por la naturaleza y limitaciones del recurso extraordinario que ante ella se ventila, sino porque su criterio, que es de confrontación del fallo ante la ley, en nada se parece al del Jurado, cuya función consiste en estimar el hecho ante su conciencia.

Además, tampoco puede predicarse de la determinación del Jurado la afirmación de que es incompleta. En las audiencias públicas, el señor defensor debatió el punto, como puede verse en el acta respectiva, en la cual se lee:

"...Por último, pidió a los jueces de conciencia que negaran la responsabilidad de Luis Ricardo Plata Rueda, por haber obrado en legítima defensa de su honor, o si no, que éste sí es responsable, pero que obró en estado de ira o intenso dolor, **provocado por injusta provocación".**

¿Por qué los jueces de conciencia no respondieron de conformidad con lo pedido por la defensa? ¿Por qué suprimieron de la contestación precisamente las partes más dicientes, las más importantes, puesto que en los estados de ira o de dolor la médula para la ley penal y, desde luego, para el Juez, es la provocación que le haya dado lugar? Con la advertencia de que no es cualquier clase de provocación la que debe alegarse. Ella debe ser "grave e injusta". Solamente así es posible admitir el caso excepcional que describe el artículo 28 del Código.

De manera que el Jurado no calló sólo lo concerniente al incentivo, sino que guardó el mismo silencio con respecto al tipo o categoría de provocación. Es decir, que el contenido de su respuesta no permite acomodarla a los precisos términos del artículo citado, que pinta un cuadro jurídico muy distinto: primero, ofensa; segundo, que ésta sea grave; tercero, que sea injusta; cuarto, que el agravio o insulto produzca en quien lo recibe una conmoción, un estado de ira o de dolor; y quinto, que el delito se ejecute precisamente como resultado de la acción de la víctima y de la condición o grado anímico del delincuente. Lo que quiere decir, que haya una relación de causalidad que vincule la obra del responsable a la injusticia y gravedad de la provocación.

Pero podría decirse que entonces la adición del Jurado en este caso no significaría nada, que no estaría representando ningún papel en el veredicto, y que es deber de los jueces interpretarlo lógicamente y con arreglo al derecho.

Pues bien, sí está tomado el aditamento en el único sentido modificador posible, modificador no de la acción —que no tuvo origen explicable para el Tribunal popular—, sino del estado de ánimo en que obró el procesado. Estado de ánimo que tiene su alcance y encuentra su acomodo exacto en el Capítulo de las circunstancias de menor peligrosidad. El ebrio que delinque y que no se embriagó para atentar contra el orden social, por ejemplo, no es tan peligroso como el que con toda frialdad y calma de espíritu, con su conciencia despierta y todos sus sentidos en función normal, quizás calculando los incidentes, consuma el acto criminal. Y por eso la ley anota aquel factor como signo de favorabilidad.

La ira, admirablemente definida como una locura breve, no excusa el delito o le merma intensidad, sino cuando es justa; como la defensa no es legítima sino cuando hay ataque a quien por repelerlo mata o hiere. De otro modo, bastaría reconocer uno solo de los términos de la proposición de la norma que señala los requisitos para conceder tan especial atenuación. Y se llegaría entonces a extremos inaceptables, cuyo solo enunciado invitaría al franco rechazo. "Maté porque me dio rabia", sería razón suficiente para restar del hecho una considerable cantidad punible! Y a ello equivaldría traducir el veredicto de acuerdo con la tesis que viene planteada en la demanda.

No prospera, pues, la causal 3ª.

Y tampoco la 1ª, porque como consecuencia que es de aquélla, al perder la 3ª su fuerza de sustentación, excusado es aludir a la suerte que la otra corre.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del Señor Procurador De-

legado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el nueve de febrero de este año, en la cual se le impuso a Luis Ricardo Plata Rueda, como homicida, la sanción principal de ocho años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.— Julio E. Argüello R., Srio.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SECRETARIOS ENCARGADOS DE LAS GOBERNACIONES

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

VISTOS:

El Juez 1º del Circuito Penal de Medellín, en cumplimiento de su auto del 18 de julio del presente año, envió a la Corte el sumario contra el Senador Dr. Rafael Arredondo, el Dr. J. Antonio Rico, accidentalmente encargado de la Gobernación de Antioquia, y otros, por abuso de autoridad y otras infracciones.

El mencionado funcionario funda su auto en que —de acuerdo con los numerales 6º y 7º del artículo 42 del estatuto procesal penal— compete a la Corte el conocimiento de este negocio, ya que se trata de un proceso contra un encargado de la Gobernación y un Senador de la República, y como hay aquí un problema de competencia, es necesario resolverlo antes de tomar cualquier otra decisión de fondo, y separadamente en relación a cada uno de los procesados.

I — Juicios contra los Senadores

La Corte —conforme al Numeral 7º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal— sólo es competente para conocer de las causas de responsabilidad por infracciones penales cometidas por los Senadores y Representantes en el caso del artículo 75 de la Constitución Nacional; es decir, únicamente cuando, con la mira de ejercer el Poder Legislativo, se constituyen en Congreso, fuera de las condiciones constitucionales; en los demás casos, aquéllos no gozan, en cuanto a la competencia de las autoridades que deben juzgarlos, de fuero alguno, el que se limita —conforme a los artículos 18 y 19 del mencionado Código— al derecho a no ser detenidos ni enjuiciados mientras gocen de inmunidad parlamentaria.

El Senador Arredondo, por lo expuesto, no se halla en el caso del artículo 75 de la Constitución Nacional, y del proceso contra él iniciado no puede conocer la Corte, y con tanta mayor razón cuanto que los hechos imputados al Sr. Arredondo, fueron ejecutados cuando ejercía las funciones de Alcalde de la ciudad de Medellín.

II — Juicios contra los Gobernadores

En cuanto a la responsabilidad de los Gobernadores por infracción de la Constitución o de las leyes o por mal desempeño de sus funciones, no hay problema alguno; lo que aquí se trata de estudiar y decidir es si un Secretario, cuando el Gobernador, por ausencia transitoria, lo encarga del Despacho para los asuntos urgentes —de acuerdo con la facultad del artículo 124 del Código Político y Municipal— incurre en responsabilidad, como Secretario o como Gobernador, para los fines de la competencia.

Las normas que fundan la solución que a este problema ha de darse, son las siguientes:

a) El artículo 328 del Código Político y Municipal, según el cual todo empleado público es directa y personalmente responsable de los actos punibles que ejecute, aunque sea a pretexto de ejercer sus funciones;

b) El artículo 126 del mismo Código, según el cual los Gobernadores estarán sujetos a responsabilidad administrativa y judicial y responden ante la Corte Suprema por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones;

c) El Numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, que atribuye a la Sala Penal de la Corte el conocimiento privativo de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño en sus funciones se promuevan, entre otros altos funcionarios, contra los Gobernadores;

d) El artículo 120 (Numeral 4º) de la Constitución, que faculta al Presidente de la República para nombrar y separar libremente a los Gobernadores;

e) El artículo 257 del Código Político y Municipal, que prescribe que los Gobernadores se posesionen ante las Asambleas Departamentales o

ante los respectivos Tribunales Superiores;

f) El artículo 65 de la Constitución Nacional, según el cual ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben, y

g) El artículo 124 del Código Político y Municipal, que faculta a los Gobernadores, cuando se ausenten de la capital del Departamento para encargar del despacho de los asuntos urgentes a uno de sus Secretarios.

Las normas constitucionales y legales referidas determinan claramente el origen, jerarquía y responsabilidad de los Gobernadores, la competencia para juzgarlos, y el origen, jerarquía y responsabilidad de sus subalternos, entre ellos, de sus Secretarios; se deduce q' el Gobernador, como tal, es únicamente aquel funcionario que el Presidente ha nombrado y que se posesiona ante el Tribunal o la Asamblea, condiciones éstas que le dan su jerarquía, lo capacitan para ejercer sus funciones, y caracterizan su responsabilidad, de modo que nadie puede ser Gobernador si se ha nombrado o posesionado en forma distinta; y los Secretarios de los Gobernadores, a su vez, son los funcionarios que aquéllos nombran y que se posesionan ante los mismos (artículos 127 y 257 del C. P. y M.); se concluye, de lo anterior, que es el Presidente, por medio del nombramiento, y los Tribunales o Asambleas, por medio de la posesión, los que otorgan el carácter constitucional y legal del Gobernador, y por consiguiente el de sus funciones y el de su responsabilidad.

La facultad que el artículo 124 del Código Político y Municipal confiere a los Gobernadores para encargar a los Secretarios del Despacho de asuntos urgentes, en caso de ausencia accidental de la capital del Departamento, no significa, en consecuencia, que dichos Secretarios adquieran automáticamente ni la jerarquía ni la responsabilidad de Gobernadores ni de encargados de la Gobernación, ya que ello requeriría nombramiento hecho por el Presidente y posesión ante las autoridades que señala la ley; aspecto distinto es si el Presidente —que es la única autoridad que puede hacerlo— encarga de la Gobernación a uno de los Secretarios de la misma, caso en el cual —previa posesión— el Secretario Encargado sí adquiere jerarquía, funciones y responsabilidad de Gobernador, y entonces su juzgamiento corresponde a la Corte.

Cosa análoga sucede —conforme a los artículos 76 y 77 del Código Político y Municipal— cuando hay falta accidental de un Ministro; entonces, otro Ministro o el Secretario "firmarán", estatuye el primero, y el Secretario suple las faltas accidentales del Ministro, dice el segundo, cuando así lo disponga el Presidente; de modo que cuando el Presidente no ha encargado del Despacho al Secretario, mediante Decreto, el Secretario firma como Secretario y no como Ministro ni como Encargado del Ministerio, para lo cual se requiere, como se ha dicho, que el encargo sea hecho mediante Decreto. El Ministro, pues, no podría de por sí encargar del Despacho al Secretario, como tampoco podría el Gobernador encargar del Despacho a uno de sus Secretarios, porque ello es atribución privativa del Presidente; y así, el desarrollo de la facultad que el Gobernadr, en caso de que se ausente de la capital del Departamento, tiene para encargar a uno de los Secretarios "del despacho de los asuntos urgentes", no implica la delegación de las funciones jurisdiccionales que la ley adscribe a los Gobernadores, porque entonces se llegaría al absurdo de la coexistencia de dos Gobernadores en un mismo Departamento, o de que un Gobernador puede delegar arbitrariamente sus funciones a uno de sus Secretarios, en contra de los mandatos constitucionales. La noción o alcance del "despacho de asuntos urgentes" no puede, pues, extenderse al ejercicio de funciones de carácter jurisdiccional, que son privativas del Gobernador; así, un Secretario, encargado únicamente del Despacho de asuntos urgentes, no podría nombrar o remover a otros Secretarios o Alcaldes, ni firmar contratos, ni nombrar Magistrados interinos de los Tribunales, ni llevar la voz de su Departamento y representarlo en asuntos políticos o administrativos, ni ejecutar los actos del artículo 127 del Código Político y Municipal, que requieran la jurisdicción específica atribuída a los Gobernadores.

Si el Secretario a quien —en virtud del artículo 124 del mencionado estatuto— se encarga únicamente del despacho de asuntos urgentes, no adquiere la categoría de Gobernador, su responsabilidad es la de Secretario y no la de Gobernador, y si ejerce funciones no comprendidas dentro de la limitada noción de "asuntos urgentes", incurriría, como Secretario, en responsabilidad penal en su calidad de Secretario y no de encargado de la Gobernación, categoría que —como se ha dicho— la dá el nombramiento por el Presidente y la consiguiente posesión.

La norma del artículo 42 (Numeral 6º) —finalmente— no comprende siquiera a los Encargados

de Gobernadores, como sí comprende el artículo 43 a los encargados del Poder Ejecutivo, lo que quiere decir que la Corte sólo podría juzgar a los primeros cuando el encargo se ha hecho mediante Decreto Presidencial, esto es, cuando se les ha autorizado para ejercer todas las funciones propias de los Gobernadores, pero no cuando el encargo ha sido hecho por éstos, para los asuntos urgentes, caso en el cual ni siquiera requieren posesión, de acuerdo con doctrina del Consejo de Estado.

Del anterior estudio se deducen claramente las siguientes conclusiones:

a) El Secretario de la Gobernación, encargado del Despacho por el Presidente y legalmente posesionado, por causa de excusa, renuncia o licencia del titular, adquiere la calidad de Gobernador y es, por lo tanto, responsable ante la Corte, y

b) El Secretario de la Gobernación, encargado por el mismo Gobernador, únicamente para el despacho de los asuntos urgentes, por causa de ausencia accidental del titular, de la capital del Departamento, no adquiere la calidad de éste, y, por lo tanto, es responsable ante autoridades distintas de la Corte.

La Corte Suprema, en resumen, no es competente para conocer del juicio de responsabilidad contra el Dr. Jesús Antonio Rico, por actos cometidos en su carácter de Secretario de Gobierno, Encargado de la Gobernación de Antioquia, ni tampoco del juicio contra el Senador Sr. Rafael Arredondo, por actos ejecutados en su carácter de Alcalde de la ciudad de Medellín.

En consecuencia, de las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve devolver este negocio para que siga su curso legal al Juez 1º del Circuito Penal de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada. Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio. en ppdad.

APLICACION DE LAS NORMAS SOBRE INDEFENSION Y COMPLICIDAD CORRELATIVA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Raúl y Cupertino Tamayo, interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de San Gil del 28 de julio del año pasado, por la cual—con aplicación de los artículos 37 (numeral 6º), 362 y 385 del Código Penal — fueron condenados a la pena de siete años y un mes de presidio, por el delito de homicidio en la persona del joven Pedro León Agudelo, cometido, en asocio de Julio y Paulino Tamayo y Joaquín Echeverría, entre las seis y siete de la tarde del domingo primero de octubre de mil novecientos treinta y nueve, en el punto de "La Colorada", municipio de Gámbita, Departamento de Santander.

Sometido el recurso a las normas del estatuto procesal penal, la Corte procede a su estudio y decisión, no sin antes resumir, con sus circunstancias y modalidades, el delito, así como también las actuaciones judiciales y las tesis propuestas por los recurrentes.

I. — El delito y sus modalidades

En la tarde del primero de octubre de mil novecientos treinta y nueve, llegó a la tienda de Elena y Josefina Santa, el joven Pedro León Agudelo, de veinte años de edad, en busca de su padre Pedro María Agudelo, quien, desde el día anterior, había viajado de su hacienda "El Palmar" hacia Gámbita, a cumplir una citación del Alcalde, y aún no había regresado, demora que inquietó a su hijo. Como se le informara que Pedro María se hallaba en Gámbita, donde fue visto por alguno de los interrogados, el joven Pedro León decidió permanecer allí y se dedicó a ayudar a descargar algunos semovientes llegados de aquella población, cuyos arrieros, en recompensa, lo invitaron a un piquete o comida.

Momentos después llegaron de Gámbita, a donde habían viajado a votar en las elecciones para Concejeros Municipales, al mismo sitio, Cruz Tamayo, acompañado de sus hijos Cupertino y Paulino Tamayo, de sus sobrinos Raúl y Julio Tamayo, y de Joaquín Echeverría, a quienes el joven Agudelo ofreció bebida, y que ellos aceptaron espontáneamente, ya que entre los Agudelos y Tamayos existía algún vínculo de parentesco aunque lejano y alguna discreta amistad, no obstante que — parece — pertenecían a ideologías políticas opuestas, según se deduce de alguna referencia sugerida por alguno de los procesados.

En un ambiente de cordialidad departían Agudelo y los Tamayos, cuando un hecho insignificante — el haber derramado equivocadamente el joven Albenio Agudelo un poco de guarapo en la capotera de Julio Tamayo — dio origen a otros que, agravándose rápida y sucesivamente, culminaron en la muerte de Pedro León Agudelo; y al cual, en esta forma delictuosa, sancionaron los Tamayos su noble intervención y su protesta contra la injusta agresión de Julio Tamayo que acababa de castigar, a bofetones y látigo, a Albenio Agudelo, joven enfermizo y raquítico, por el hecho ya referido de haberle humedecido, inculpablemente, la capotera.

Este primer incidente formó, inmediatamente, dos grupos de contendores: uno prudente y pasivo, el de Pedro León y Albenio Agudelo y Aníbal Torres, y otro agresivo, el de los Tamayos, entre los cuales se cruzaron palabras y frases ofensivas, especialmente entre Torres y los Tamayos, hasta el extremo de que el mismo Cruz Tamayo hubo de protestar por las injurias a Pedro León Agudelo, quien, lo mismo que sus padres y familiares, gozaba de una reputación excelente por sus cualidades morales y su adhesión al trabajo. Ante la inminencia de un choque peligroso, Pedro León y Albenio Agudelo y Aníbal Torres se retiraron, aconsejados por Jesús Díaz, visto lo cual los Tamayos y Echeverría los persiguieron y alcanzaron, y Julio Tamayo — quizá el más peligroso de su grupo — agredió a bofetones a Torres hasta derribarlo, mientras los demás (Tamayo y Echeverría), machetes y bordones en mano, ya se lanzaban contra sus perseguidos; Torres y Albenio Agudelo lograron escapar, dejando solo a su compañero Pedro León, quien, sin medio de defensa alguno, fue ultimado a palo y machete, y luégo arrojado a un vallado del camino, donde al día siguiente fue descubierto su cadáver. Cometido tan atroz

delito, los victimarios — Tamayos y Echeverría — regresaron unos a la casa de las Santa, donde pernoctaron, y otros a su casa.

II. — Actuaciones judiciales

Investigados tanto el delito como la responsabilidad de los Tamayos y Echeverría y desarrollado el juicio hasta su terminación, se enumeran a continuación las principales actuaciones judiciales dictadas en el presente juicio:

a) El reconocimiento pericial, según el cual el joven Pedro León Agudelo recibió de sus victimarios las siguientes heridas: una herida, causada con puñal, en la parte izquierda del tórax, cerca de la tetilla izquierda; otra, con arma cortante, en la parte izquierda de la cabeza; tres heridas, con arma cortante, en la parte izquierda y posterior de la cabeza, una de las cuales interesó el cráneo y también la masa cerebral; equímosis, producidas con arma contundente (garrote) en el estómago y en la espalda; además, según algunos testigos que vieron el cadáver, parece que el occiso tenía señales de haber sufrido una ruptura o dislocamiento de las vertebras superiores, al nivel del cuello, es decir, de que hubiera sido desnucado, aunque esto no fue declarado por los inexpertos que reconocieron el cadáver.

b) El auto de proceder, del Juzgado Segundo Superior del Distrito de San Gil, del 26 de febrero de 1941, por el cual abrió causa criminal contra Joaquín Echeverría, Julio, Raúl y Cupertino Tamayo, como autores principales de la muerte de Pedro León Agudelo, y a Cruz Tamayo, como partícipe únicamente; auto confirmado por el Tribunal Superior de San Gil el 20 de mayo de 1942;

c) Los cuestionarios propuestos al jurado — de acuerdo con la Ley 4ª de 1943 — el día de la audiencia pública (3 de diciembre de aquel año), sobre el hecho material y el propósito conjuntamente, sin referencia alguna al concurso ni a la complicidad correlativa, cuestionarios que fueron contestados afirmativamente y sin adición alguna, en cuanto a Joaquín Echeverría, Julio, Raúl y Cupertino Tamayo, y negativamente en cuanto a la participación accesoria de Cruz Tamayo;

d) La sentencia del Juzgado Segundo Superior del día 6 de diciembre de 1943, por la cual condenó a Echeverría y los Tamayos — con aplicación de los artículos 362 y 385 del Código Penal — a la pena principal de cuatro años de presidio, y

e) La sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 28 de julio de 1944, por la cual — en virtud del artículo 37 (numeral 6º) del Código Penal — aumentó la pena a siete años y un mes de presidio.

III. — La demanda de casación

Los recurrentes, en memorial suscrito por ellos, pero que debió de ser elaborado por un experto en defensas penales, invocaron, y ensayaron fundar, las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal y la errada interpretación o apreciación de los hechos.

Prescinde la Corte, en virtud de doctrina en muchas oportunidades ya ratificada, de la consideración de la causal segunda, por las siguientes razones que aquí se resumen. El estudio de los hechos, sea que se presuma que en la sentencia se les dio valor probatorio opuesto al que deben tener, sea que se les haya negado el que tienen, sea que no se les haya tomado en cuenta, no obstante hallarse acreditados en el proceso, ese estudio — se repite — repercutiría obligadamente en la revisión del veredicto, es decir, en una declaración de contraevidencia entre éste y los hechos, atribución ésta hoy privativa de los Jueces y Tribunales, determinada en los artículos 537 y 554 del estatuto procesal penal, y no de la Corte, ya que tal atribución que ella tenía—en virtud de la Ley 118 de 1931 (numeral 5º del artículo 3) — no fue incorporada ni reproducida entre las causales de casación taxativamente precisadas en el artículo 567 del Código vigente; innovación importante ésta, por cuanto dio a este recurso extraordinario su verdadero carácter técnico, libertándolo así del riesgo — frecuente en la vigencia de la Ley 118— de convertir la casación en recurso propio de las instancias.

Resumida así la doctrina sobre la inaplicabilidad de la segunda causal en los juicios en que el jurado ha intervenido, se limita el estudio a la primera, que también fue invocada con el ánimo de objetar la aplicación de la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 6º del artículo 37 del Código Penal, y que el Tribunal Superior — opuestamente al Juez Superior — consideró legalmente acreditada en el proceso, circunstancia ésta que el mencionado Código enuncia así:

"Son circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del agente — en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito" — la sigueinte, entre otras: "El tiempo, el lugar, los instrumentos, o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente".

El Tribunal Superior, en la sentencia recurrida, explica en la forma siguiente las razones que lo indujeron a aplicar aquella circunstancia: "El Juez a quo estima — dice — que contra los procesados no milita ninguna circunstancia de mayor peligrosidad. Pero es lo cierto que se halla acreditada la circunstancia definida por el numeral 6º del artículo 37 del Código sustantivo, **tocante al modo de ejecución del delito** — subraya la Corte — **que dificultó la defensa del ofendido,** la cual debe ser computada".

Seguidamente explica la consecuencia jurídica de la aplicación de la mencionada circunstancia, en la forma siguiente:

"La disposición violada — dice el Tribunal — es el artículo 362 de tal Código, que señala de ocho a catorce años de presidio. Por la circunstancia de peligrosidad anotada, debe aumentarse en seis meses el mínimo. De ahí resultan ocho años y medio de presidio. Ahora bien, conforme al Art. 385 la sanción dicha se disminuye en una sexta parte, ya que no se justifica la máxima rebaja, o sea a la mitad, **porque la calidad del hecho criminoso** — subraya la Corte — **y la personalidad de los delincuentes no lo permiten** (artículo 36). Así, pues, los encausados Joaquín Echeverría, Julio, Cupertino y Raúl Tamayo deben sufrir, cada uno, siete años y un mes de presidio".

Los recurrentes, en su escrito de casación — no del todo ajustado a las prescripciones del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil aquí aplicable — fundan el recurso en los siguientes términos, que la Corte resume y extracta:

a) El Tribunal, en su sentencia, violó los artículos 36 y 37 del Código Penal, al aplicar una sanción superior al mínimo, porque ni del número de delincuentes que participaron en la ejecución del delito, ni del número de heridas, puede inducirse que se dificultó la ofensa, si no se demuestra en forma real cómo se imposibilitó la defensa en el momento de la ejecución;

b) El Tribunal violó, además, el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, porque la condena presuntiva de los partícipes con complicidad correlativa, no es prueba que autorice imponer nueva sanción, ya que las pruebas están claramente definidas en el Código de Procedimiento y no se puede fundar una sentencia, en materia penal, en una presunción que ya ha tenido sus efectos, como es la del artículo 385 del Código Penal, y

c) El Tribunal violó el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, sobre apreciación de la prueba pericial, porque como la herida mortal no fue sino una — la del tórax — no se podía determinar como autores, como cómplices correlativos, a los que no fueron los causantes de esa única herida.

IV. — Decisión del recurso

Los recurrentes se limitan — como se deduce del anterior resumen — a objetar la circunstancia de mayor peligrosidad con que el Tribunal Superior agravó la responsabilidad, ya recurriendo a la segunda causal, ya a la primera, y fundando ésta no sólo en violación de ley material sino también en violación de ley procesal, es decir, en tesis únicamente aplicables a la prueba de la segunda causal, como son la apreciación de hechos y la apreciación de pruebas, entre ellas la prueba pericial. Significa ello que la referencia a los artículos 203 y 268 del estatuto procesal — en que los recurrentes pretenden fundar la primera causal — no puede ser materia de este recurso, por su improcedencia e inoportunidad, como ya se expuso al fundar el rechazo de la segunda causal.

Dos cuestiones se analizan aquí: una referente a la circunstancia de mayor peligrosidad, planteada por los recurrentes, y otra, a la complicidad correlativa, planteada, mas no resuelta por el Tribunal.

La hipótesis según la cual la indefensión inferioridad de la víctima no puede deducirse del número de copartícipes ni del número de heridas, puede ser cierta, si está expuesta en forma general y aislada, y sin referencia alguna a otras modalidades y circunstancias que caracterizan el delito, pero no lo es cuando—como en este proceso—tales modalidades y circunstancias le dan la categoría especial que le dio el Tribunal en su sentencia, como en seguida se explica.

Echeverría y los Tamayos — entre éstos los dos recurrentes — persiguieron a Pedro León y Albenio Agudelo y Aníbal Torres, casi inmediatamente después de que Julio Tamayo, por causa tan baladí, azotó y abofeteó a un muchacho débil e indefenso como Albenio, y en cuyo segundo encuentro, a poca distancia de la casa de las Sana, al alcanzar Echeverría y los Tamayos a los Agudelos y Torres, Julio Tamayo — caracterizado como el más peligroso e impulsivo de su grupo — agredió a Torres a bofetones, en tanto que los demás, machete y palo en mano, se aprestaban a atacarlos. Mas como Torres y Albenio huyeran, la agresión de Echeverría y los Tamayos — que eran cuatro — se dirigió a Pedro León, quien ya se hallaba solo, sin defensa alguna, ya que está probado que ni siquiera pudo hacer uso del machete que llevaba en el cinto, situación en la cual, no sin alevosía y sevicia, recibió heridas de puñal en el tórax, de machete en la cabeza, de palo en el estómago y en las espaldas, que le produjeron la muerte; parece, pues, ilógico que un joven de veinte años, tan prudente como Pedro León, se hallara en situación siquiera de igualdad, ante cuatro hombres que lo

atacaron, con puñal alguno, con machete otros y con palo otros, como parece ilógico afirmar que los agresores no se aprovecharon de que estaba ya solo, sino también inerme. Sería, pues, aberrante suponer que la pluralidad de agresores, las diversas clases de armas, el número, gravedad y sitio de las lesiones, y aún más el menosprecio del cadáver, arrojado al vallado para así ocultarlo a los ojos de los viajeros, no constituyen la prueba de ese aprovechamiento.

No violó, pues, el Tribunal los artículos 36 y 37 del Código Penal, y si pudiera aceptarse la hipótesis de la violación, no sería precisamente por la aplicación de la circunstancia de mayor peligrosidad, sino por el benigno aumento de seis meses de pena que a aquella Corporación mereció la existencia, plenamente probada, de dicha circunstancia, en casi todos sus aspectos, y que bien hubiera podido configurar la especie del homicidio agravado, si el Fiscal la hubiera planteado en las instancias.

La aplicación del artículo 385, esto es, de la complicidad correlativa, y sobre cuya existencia y legalidad expresó serias dudas el mismo Tribunal, requiere un análisis que, por breve que sea, es conveniente y oportuno.

La complicidad correlativa es — como dicen los expositores — una transacción legal, en los casos de coparticipación criminosa, cuando se sabe con certeza que varias personas tomaron parte en la ejecución del delito, pero no se sabe, con exactitud, cuál de estas personas es el autor material. Esta incertidumbre, naturalmente, distingue esta hipótesis de aquella en que se sabe, ya con precisión, cuál fue la especie o forma de participación de cada uno en el delito, y así también, la individualización de la responsabilidad y de la pena: autores, cómplices necesarios, cómplices en la resolución, en la preparación del delito o en su consumación.

Esta figura de la complicidad correlativa — ya eliminada de aquellos códigos que inspiraron el nuéstro — sólo se precisa, con claridad, en uno de los siguientes casos: una persona ha sido muerta o herida de un disparo, salido de un grupo de agresores, todos armados de fusil, pero se ignora cuál hizo el disparo, o se hicieron varios disparos y sólo uno dio en el blanco, sin saberse cuál fuera el autor. En los demás casos, distintos a éstos, no es difícil precisar la participación de cada uno de los agresores, y a ello debe dirigirse la investigación.

Pero aquí, el proceso tiene datos, con carácter de indicios, de que Paulino Tamayo fue el autor de la puñalada en el tórax que, según los peritos, fue una de las causas de la muerte, y de que Echeverría, según confesión propia, fue el autor de la agresión a palo; de que, en consecuencia, los otros fueron los autores de las demás heridas, ya que Julio Tamayo, que no tenía arma en un principio quitó a su padre Cruz el machete momentos antes del delito, y de que Raúl y Cupertino, tenían en la mano sus machetes, antes también de la agresión y en actitud de descargarlos contra la víctima; todos cuatro, pues, participaron conjuntamente en la ejecución y consumación del delito, afirmación ésta que — si se hubiera practicado la autopsia — no estaría sometida a duda ni conjetura alguna, y la complicidad correlativa se habría desechado.

Se duele el Tribunal de que al dictar la sentencia ya no tuviera facultad de excluír la figura de esta complicidad, ya que el Juez, tanto en el auto de proceder como en la sentencia, la había declarado y aplicado, y se hallara, por lo tanto, ante un hecho cumplido e inmodificable, tesis en la cual no coincide la Corte con el Tribunal, y que en análogas oportunidades ha sido desechada y objetada, fundando así una doctrina aún no rectificada ni revisada.

La apreciación y calificación de las circunstancias modificadoras corresponde a los Jueces de hecho, como las de las circunstancias de peligrosidad, a los Jueces de derecho, y la razón es obvia; si el artículo 499 del estatuto procesal penal prescribe lo segundo, con exclusión de las modificadoras o elementos constitutivos del délito, quiere decir que la apreciación y calificación de estos elementos y circunstancias es facultad privativa del jurado, en los juicios en que éste ha intervenido y nó de los falladores de instancia; el hecho de que aquella norma, explícita y claramente, los faculte para apreciar y calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, **cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito** — subraya la Corte — significa, lógicamente, que cuando lo son, no tienen ya esa facultad, y no teniéndola los Jueces de derecho, corresponde entonces a la jerarquía de Jueces que, por imperio de la Constitución y de la ley procesal que la desarrolla, intervienen en los procesos penales, ésta es, los jueces de hecho, el jurado.

Se concluye, pues, que circunstancias modificadoras, como el estado de ira o intenso dolor causado por grave provocación, la riña imprevista, los elementos del homicidio ultraintencional, concausal o culposo, la coparticipación delictuosa en su forma simple o de complicidad correlativa, y otras análogas, deben ser apreciadas, calificadas y declaradas únicamente por el jurado, ya que su sola referencia en el auto de proceder no obliga al Tribunal a aplicarlas; si el Juez, en su sentencia, las calificó y apreció, a pesar de no estar acreditadas — como sucedió aquí con la complicidad correlativa — bien hubiera

podido el Tribunal reformar la sentencia de primer grado, y condenar a Echeverría y los Tamayos, simplemente como coautores, ya que no otra calidad se desprende del veredicto, no obstante la omisión — en los cuestionarios — de la circunstancia del concurso; y si el jurado hubiera declarado la complicidad correlativa, o que entre Echeverría y los Tamayos, unos fueron agentes principales y otros accesorios, y no todos autores como lo declaró, y una y otra declaración eran contraevidentes, el Tribunal habría podido hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 554 del estatuto procesal penal y ordenar, en consecuencia, se convocara un nuevo jurado.

De la anterior exposición se deduce:

a) Que la circunstancia de mayor peligrosidad del artículo 37 (numeral 6º) está plenamente acreditada en el proceso;

b) Que el Tribunal Superior, por lo tanto, no violó los artículos 36 y 37 del estatuto penal, y

c) Que la causal primera de casación invocada, no ha sido fundada.

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal que solicita se declare desierto el recurso, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que, condenó a los recurrentes Raúl y Cupertino Tamayo, a la pena de siete años y un mes de presidio, como responsables del homicidio en el joven Pedro León Agudelo, y que dio origen a este proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello, Secretario.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO

Aunque es muy difícil señalar los elementos constitutivos de la amistad íntima y la enemistad grave, por envolver estos conceptos apreciaciones de carácter subjetivo, la prueba tendiente a demostrar esta causal debe ser de tal naturaleza que, del estudio de ella, el juez o magistrado que falla el incidente de recusación se forme el convencimiento íntimo de que la justicia sufre mengua, en perjuicio de las partes que intervienen en el debate; de lo contrario, la sola enunciación de la causal, sin comprobación alguna, daría base para separar al recusado, con menoscabo de los intereses sociales y de la justicia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre dos de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Dr. Eliécer Pinilla Rodríguez, como apoderado de Pablo y Hernando Mejía, en memorial de agosto nueve de este año, recusa al Magistrado Rafael A. Manrique Lara, por hallarse comprendido en la causal prevista en el artículo 73, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Existir enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado".

La enemistad grave la deduce de las expresiones consignadas en el auto de proceder por el Magistrado recusado. Al estudiar la situación jurídica de Pablo Mejía, en relación con el hecho que se le imputa, el Tribunal dijo:

"...hay motivos de orden legal para poner en tela de juicio la personalidad de Pablo Mejía, ya que no se presenta limpia su actuación sino turbia y cenagosa con caracteres suficientes para una apertura de causa criminal".

Posteriormente, sostiene que debe descartarse la conjetura de que Pablo Mejía no sabía que su hijo venía armado y que las agresiones de éste podían causarle un mal grave a Castañeda, y afirma: "... con lo que se desvanece la conjetura de que Pablo Mejía no conoció los intentos criminales de su hijo".

Fundándose en estos conceptos, el defensor expresa:

"No es explicable por otra causa distinta de la aversión hacia él y hacia su padre, que se diga en tal auto que don Pablo Mejía por ser padre de Hernando, tenía que reconocer los instintos criminales de su hijo, fuera de que esto constituye una agresión moral grave al padre, es una ofensa, o calificación ofensiva respecto del procesado".

Como conclusión, alega el defensor que sus poderdantes tienen derecho para ser juzgados por otro magistrado.

La enemistad grave entre el defensor y el magistrado Manrique Lara, surge —según el peticionario— de estos hechos:

a) En la parte final del auto de proceder, el Tribunal critica los conceptos emitidos por la defensa en relación con los funcionarios que administran justicia y con la tesis sustentada por el agente del Ministerio Público, cuando expresa:

"...Es más de lamentar que sea contra los encargados de administrar justicia y sus colaboradores, el que existan abogados que para hacer demagogia ante sus defendidos traten de hacer inculpaciones injustas a los que no tienen otras miras que las de poner todas sus capacidades al servicio de la justicia".

b) Sostiene Pinilla Rodríguez que la Gobernación comisionó al Juez 2º Penal del Circuito para adelantar esta investigación. Como el Juzgado lo desempeñaba Manrique Lara, tanto los señores Mejías como el apoderado protestaron por este hecho ante el Ministerio de Gobierno, razón por la cual fue comisionado el Juez 1º Penal del Circuito para continuar la investigación;

c) Que siendo Manrique Lara Juez 2º Civil del Circuito, en el ejecutivo de Sebastián Lamilla contra Julio Rodríguez, no consideró las pruebas presentadas por el opositor Benjamín Rodríguez; en cambio, sí valoró las pruebas extrajudiciales de

la contraparte; que apelado el auto, el Tribunal lo revocó y confirmó la tesis sostenida por Pinilla Rodríguez, apoderado del opositor, y

d) Que Manrique Lara, en el sumario seguido contra Ricardo Silva y Matías Fierro, por la comisión de un delito de estafa, salvó su voto, apartándose del sentir de la mayoría que profirió auto de sobreseimiento temporal.

Al comentar estos hechos, y especialmente el contenido en el numeral a), dice el defensor que se lo acusa de atacar la honra de los funcionarios encargados de administrar justicia; de que no defiende a los procesados con talento y buenas maneras, sino que hace demagogia ante sus defendidos, argumento que sirve para formular la causal de recusación en estos términos:

"De modo señor Magistrado que la acusación que usted me formula tiene todos los caracteres del agravio, sin motivo alguno y es una ofensa que no puede ser otra cosa que la expresión de un sentimiento de enemistad, que yo en ningún caso deseo borrar y que acepto personalmente con todas sus consencuencias".

Recusación

La finalidad de la recusación estriba en la separación del Juez o magistrado que conoce del negocio, para que la justicia se aplique en forma serena, libre de prejuicios y con imparcialidad absoluta, a fin de evitar toda duda o sospecha de parcialidad presumible en contra del funcionario que dicta el fallo y en relación a las partes que intervienen en el proceso.

La ley obliga a los jueces y magistrados a declararse impedidos cuando en ello concurre alguna de las causales contempladas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal; pero cuando el funcionario no cumple con ese deber, cualquiera de las partes tiene derecho para recusarlo hasta cinco días antes de celebrarse la audiencia.

Invocando este derecho, Pinilla Rdríguez recusa al magistrado Manrique Lara, por la causal prevista en el numeral 5º de la disposición citada, o sea, por existir enmeistad grave entre éste y el recusante y sus defendidos.

Aunque es muy difícil señalar los elémentos constitutivos de la amistad íntima y la enemistad grave, por envolver estos conceptos apreciaciones de carácter subjetivo, la prueba tendiente a demostrar la existencia de esta causal, debe ser de tal naturaleza que, del estudio de ella, el juez o magistrado que falla el incidente de recusación se forme el convencimiento íntimo de que la justicia sufre mengua, en perjuicio de las partes que intervienen en el debate; de lo contrario, la sola enunciación de la causal, sin comprobación alguna, daría base para separar al funcionario recusado, con menoscabo de los intereses sociales y de la justicia.

Análisis de los cargos

Las pruebas traídas como fundamento de la recusación —en el caso de estudio—, no son procedentes para demostrar la existencia de una enemistad grave. En efecto: la afirmación hecha por el Tribunal de que para Pablo Mejía "se desvanece la conjetura de que no conoció los instintos criminales de su hijo Hernando", en relación con el delito cometido, no se consignan como resultado del odio o animadversión, venganza o enemistad grave hacia el defensor o los sindicados, sino como una deducción de la prueba testimonial que se tuvo en cuenta para imputar el acto a los procesados, concepto que toma mayor valor desde luego que el recusante llega hasta admitir esa afirmación para el caso de que el hecho fuera "un asesinato y su personalidad apareciera peligrosa". De manera que las frases del auto de proceder no demuestran la existencia de ninguna enemistad, menos de aquella enemistad grave de que habla la ley.

El Tribunal, para refutar los cargos que la defensa hace a la tesis del Agente del Ministerio Público, como los que formula contra los encargados de administrar justicia, consignó en el auto de proceder las expresiones que se dejaron transcritas, lamentando que el señor abogado se manifestara en términos descomedidos contra los funcionarios públicos. Pero de esto no se colige la existencia de una enemistad grave, que unilateralmente y con todas sus consecuencias acepta el Dr. Pinilla Rodríguez.

No es cierto que el Dr. Manrique Lara, cuando actuaba como Juez 2º Penal del Circuito, fuera separado del conocimiento de la investigación, por recusación que presentaran los señores Mejías y el Dr. Pinilla Rodríguez; pues aquél no inició la investigación sumaria. El Ministerio de Gobierno, en telegrama de julio 2 de 1941, expresó que no había fundamento para desconfiar anteladamente de las actuaciones del juez, ni menos para que la Gobernación tome una investigación indebida. Este cargo, que no lo respalda prueba alguna, no es demostrativo de enemistad grave.

Es verdad que el Dr. Manrique Lara, siendo Juez Civil 2º del Circuito, en el juicio ejecutivo seguido por Sebastián Lamilla contra Julio Rodríguez, no valoró las pruebas que judicialmente se recibieron para demostrar el derecho del opositor Benjamín Figueroa, y en cambio concedió mérito probatorio a unas declaraciones extrajudiciales, y que, por tal motivo el Tribunal revocó la providencia del Juzgado. Pero ello no demuestra que esa providencia se hubiera dictado por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, sino simplemente que incurrió en un error, por falta de estudio, error que oportunamente fue corregido por el Superior.

Por último, el hecho de que Manrique Lara hubiera salvado su voto en el sumario seguido contra Silva y Matías Fierro, por la comisión de un delito de estafa, apartándose del proyecto de mayoría, no es circunstancia generadora de **enemistad grave.** Las discrepancias que ocurren en la Sala de decisión para la adopción de un proyecto, no surgen de la animadversión o enemistad grave que origina la causal de recusación, sino por la apreciación personal del magistrado sobre los elementos constitutivos del delito, en relación con la opinión de la mayoría, y esta la razón para que la ley obligue a salvar el voto al magistrado que no se halle de acuerdo con la resolución tomada por esa mayoría. (Artículo 161 del C. de P. P.).

La supresión de este derecho no justificaría la composición de Salas por dos o más magistrados, si todos ellos tuvieran que aceptar, inflexiblemente y sin réplica alguna, las apreciaciones del magistrado ponente. El salvamento de voto que consigna el magistrado disidente, no implica la existencia de una enemistad grave, máxime cuando no hay prueba que demuestre lo contrario, o que dé asidero para pensar en la existencia de esta causal de recusación.

La Corte, al estudiar la causal 5ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, en varios fallos ha sostenido la doctrina que se transcribe:

"La enemistad como la amistad —conceptos relativos—, llevan en sí la idea de la reciprocidad. Son sentimientos que plantean una situación entre dos o más personas: cariño o aversión. Así como no puede haber amistad sin correspondencia, es decir, de un solo individuo hacia otro que ignora el efecto que despierta o produce, tampoco es posible la enemistad unilateral. En uno y en otro caso el fenómeno es diferente: estimación de una persona hacia otra que permanece, por ejemplo, insensible ante una demostración de aprecio; y total indiferencia, en cuanto al odio o la mala voluntad de alguien en el otro supuesto, o sea, en el del enemigo. No hay, por lo tanto, esa relación indispensable para crear o establecer el vínculo mutuo que la ley exige en los casos de impedimentos por la causal anotada. Pero es claro que si quien ama o aborrece, en la forma callada que se ha descrito, es el funcionario que tiene que ventilar un asunto en que es parte el sujeto pasivo de estas expresiones del sentimiento, su deber legal y moral le imponen manifestar ese estado espiritual y abstenerse, en consecuencia, de actuar en el litigio o proceso".

"Tampoco es cualquier amistad o enemistad la que sirve para los efectos que se están analizando someramente. Aquélla debe ser **íntima** y ésta debe ser **grave.** Así, no basta el simple conocimiento y trato social por cordialidad que haya en él; y de la misma manera es inaceptable de un resquemor o desacuerdo de momento, o de una disputa sin consecuencias y ya cancelada en el recuerdo. Porque enemistad grave es algo más que la mera antipatía y aún que la misma repulsión. Es el deseo incontenible y vivo de que el ser odiado sufra daño considerable o el querer permanente de causárselo".

El Dr. Manrique Lara, como magistrado del Tribunal, dice que "no tiene la más leve animadversión hacia el apoderado doctor Eliécer Pinilla Rodríguez ni contra los procesados señores Mejías". A estas afirmacines, que respalda en otros considerandos para no aceptar la recusación, hay que darles valor, presumiendo la buena fe de quien hace esa declaración, ya que por otra parte, no hay prueba legal que demuestre lo contrario.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que el Dr. Rafael Manrique Lara, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, NO ESTA IMPEDIDO para seguir conociendo del proceso adelantado contra Pablo y Hernando Mejía, por el homicidio agotado en la persona de Cruz Castañeda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior de Neiva.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

RECURSO DE CASACION INTENTADO POR PERSONA NO INSCRITA COMO ABOGADO ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1945.

La Sala insiste en considerar que por un motivo de equidad y con el objeto de no reducir hasta un grado de penosa severidad la defensa de los procesados, sí deben estudiarse las demandas signadas por ellos cuando son presentadas para sustentar recursos que les fueron concedidos, antes de la reforma constitucional, con la plenitud de los requisitos legales y constitucionales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diciséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez A.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en fallo de catorce de diciembre del año próximo pasado, condenó a Desiderio y a Librado Pico a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio a cada uno y a las accesorias correspondientes, como responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas José María Ramírez y Telésforo Naranjo, muertos, y Campo Aníbal Vejarano, herido, sentencia contra la cual interpusieron los condenados recurso de casación, el cual les fue concedido por el H. Tribunal el dieciséis de febrero del preseste año y admitido posteriormente en la Corte.

En la fecha citada entró en vigencia el Acto Legislativo Nº 1º de 1945, el cual en su artículo 71 expresa que no podrá litigarse en causa propia o ajena sino se es abogado inscrito.

La demanda no fue firmada por abogado inscrito sino sustentada por los propios condenados, circunstancia que anota claramente el señor Procurador y en virtud de la cual solicita se declare desierto el recurso.

El señor Procurador, rebate en una tinosa exposición la jurisprudencia de la Sala, según la cual se decidió admitir y estudiar las demandas no firmadas por abogados inscritos que se hayan presentado para sustentar recursos interpuestos antes de la vigencia de la Reforma Constitucional.

Las razones expuestas por el señor Procurador son las siguientes:

"Los fundamentos jurídicos de esta conclusión los expuso la Procuraduría en el proceso por homicidio contra Raúl y Cupertino Tamayo, con fecha 25 de junio de este año, donde dijo lo que a continuación se transcribe:

"La tesis de la Procuraduría sustentada desde un principio, en forma clara y rotunda, es la siguiente: las demandas de casación que se presenten a partir del 16 de febrero del presente año, fecha de la vigencia de la reforma constitucional, deben estar elaboradas por un abogado inscrito, porque eso es lo que terminantemente establece el artículo 71 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945, aunque el recurso de casación haya sido interpuesto por los propios acusados con anterioridad a esa fecha.

"A esta tesis replicó la H. Corte, en sustancia, que habiéndose intentado el recurso oportunamente y por quien podía hacer uso de él, no puede aplicarse la reforma constitucional porque "ello equivaldría a negar un derecho existente cuando el interesado se acogió a él". Y luego agregó la Corte: que el no considerar la demanda en esas circunstancias, "por carecer de una formalidad que entonces no se exigía, equivaldría a retrotraer los efectos de la reforma a un tiempo pretérito, en perjuicio del procesado". (Sentencia de 16 de mayo de 1945).

"Esta doctrina la analizó ampliamente la Procuraduría, para rebatirla, en concepto del 2 de los corrientes rendido en la casación de Efraín Ballesteros por homicidio y lesiones personales.

"En el auto de 26 de mayo último, ya la H. Corte no acude a su primitiva tesis, sino a otra que puede resumirse así:

"1º De acuerdo con la excepción establecida por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

"2º Para precisar cuáles son esas actuaciones o diligencias que deben regirse por la ley vigente al tiempo de su iniciación, es indispensable acudir al procedimiento civil de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 94 de 1938.

"3º Conforme al artículo 1228 del Código de Procedimiento Civil, "los términos no vencidos, **los recursos interpuestos,** y las tercerías o incidentes se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, **se interpuso el recurso,** o se promovió la tercería".

"4º Los recursos de casación —concluye la Corte— interpuestos antes de la vigencia del Acto Legislativo Nº 1º del presente año se rigen por la ley vigente en el tiempo en que lo fueren, y

"5º Aunque al tenor del artículo 9º de la Ley 153 de 1887, la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la ley preexistente, con todo tal precepto es apenas una norma general sujeta a la excepción que consagra el artículo 40 de la misma ley, o sea "la del sistema de aplicación en los casos de tránsito o conflicto de legislaciones".

"No obstante las inteligentes razones dadas por esa ilustre Corporación, la Procuraduría no ha podido convencerse de que esté en un error en esta materia y persiste respetuosamente en sus primitivos puntos de vista, fundándose en lo siguiente:

"Como se ha visto, la H. Corte, en la doctrina antes mencionada, se funda primordialmente en la excepción establecida por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, concordándola con lo dispuesto por los artículos 1228 del Código de Procedimiento Civil y 722 del de Procedimiento Penal.

"Es decir, lo que la H. Corte sienta en definitiva en su última providencia es que aquellas disposiciones procedimentales deben imperar por encima del artículo 40 de la nueva codificación constitucional hecha por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado.

"Y así planteada la tesis, resulta francamente inadmisible.

En efecto, conforme al artículo 9º de la ley 153 de 1887, "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea eclaramente **contraria a su letra o a su espíritu,** se desechará como insubsistente".

"Y el artículo 215 de la Constitución, que hace parte del Título XX denominado "De la jurisdicción Constitucional", establece que **"en todo caso** de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

"Siendo la Constitución Nacional la más alta expresión escrita del Derecho Público en cuanto regula los órganos del Estado, los derechos y deberes de éste con los particulares y los de éstos con el Estado, ella asume por lo mismo un plano de superior jerarquía sobre toda la legislación preexistente, hasta el punto de dejarla abolida y sin operancia cuando quiera que los preceptos de la ley pugnan contra la letra y contra el espíritu de los cánones de la Carta. Este principio es absoluto, incondicionado y perentorio, por disposición misma de la Constitución y de la Ley.

"La excepción del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que invoca la H. Corte, mira únicamente a los conflictos procesales que puedan presentarse con motivo del tránsito de una legislación a otra; pero ese conflicto naturalmente ha de ser entre leyes comunes y de la misma categoría, no entre éstas y la Constitución Nacional, porque entonces desaparece toda pugna y toda regla de interpretación al respecto, para darle campo a la ley de las Leyes: la Constitución, que contiene los principios superiores de derecho atinentes al Estado y a los particulares en sus relaciones recíprocas.

"De suerte que si en el presente caso, el artículo 40 de la Carta, que pertenece al Título III de la misma, o sea "De los Derechos Civiles y Garantías Sociales", manda que nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito, esa exigencia sustantiva es de ineludible cumplimiento desde el 16 de febrero de 1945 y deroga toda norma positiva de la ley preexistente que le sea contraria. No sobra advertir aquí que la casación en materia penal es un verdadero litigio sujeto a condiciones de la más elevada juridicidad.

"El artículo 40 antes citado, de acuerdo con las nuevas necesidades sociales y en desarrollo de la potestad que tienen el Constituyente y el legislador para reglamentar el ejercicio de las profesiones (artículo 39), introdujo una saludable reforma en lo concerniente a los derechos civiles y garantías sociales, la cual va precisamente en beneficio de los procesados, desde luego que la demanda de casación elaborada por un abogado inscrito se supone arreglada a las exigencias de la ciencia del derecho y de la técnica de casación, y por lo mismo está en capacidad ese libelo de conseguir la invalidación del fallo recurrido y de mejorar la situación jurídica de aquéllos.

"En consecuencia, esa reforma constitucional sólo puede esterilizarse o derogarse mediante otra reforma de la misma índole, pero jamás recurriendo al sistema de confrontarla con disposiciones de leyes procedimentales preexistentes que le son contrarias o antagónicas. Se repite que la ley nunca puede prevalecer contra la Carta Fundamental, mayormente cuando entre nosotros la Constitución pertenece a aquellas llamadas **rígidas,** en consideración a los requisitos especiales que es preciso llenar para derogarlas o modificarlas.

"No vale tampoco argüir, en contra de la aplicación inmediata del artículo 40 de la Constitución, el que allí se estatuya que "la ley establecerá excepciones". En primer lugar, porque mientras la ley no precise esas excepciones distintas de las normas sobre ejercicio de la abogacía, hay que seguir el principio general consagrado por la Carta, sin sujetarlo, por lo mismo, a ninguna condición suspensiva; y en segundo lugar porque siendo la casación un recurso extraordinario de carácter esencialmente técnico y científico, la demanda en que él se cristalice debe necesariamente requerir hondos conocimientos de derecho, es decir, la intervención de un abogado titulado y experto en la materia. No habrá, pues, posibilidad de que una futura ley vaya a encomendar este delicado trabajo a personas distintas de los peritos en derecho.

"Así lo reconoce la H. Corte, cuando se identifica con el empeño de la Procuraduría, "de darle a este recurso extraordinario su verdadero contenido jurídico y de orientarlo hacia el fin previsto por la ley, es decir, el de libertarlo de toda forma o vestidura de instancia".

"Con sujeción a este criterio, la H. Corte en sus últimas sentencias, ha dicho que la demanda de casación en materia penal debe contener todos los requisitos de forma y de fondo que exige el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, y de no llenarlos, el recurso debe declararse desierto. Tal jurisprudencia merece el aplauso de este Despacho.

"Pero si ello es así, resulta un tanto ilógico que la H. Corte se aparte del mandato del artículo 40 de la Constitución para admitir demandas hechas por los propios acusados, quienes, como es obvio, no están en capacidad de elaborar un escrito de tal naturaleza; y una vez admitidas y consideradas se les diga que su trabajo fue baldío o estéril y que debe declararse desierto el recurso. Es decir, la H. Corte llega a la misma conclusión de la Procuraduría, pero por consideraciones distintas del aspecto constitucional en que firmemente se ha colocado el Ministerio Público".

La inteligente y jurídica exposición del señor Procurador, que se acaba de transcribir, plantea un punto fundamental, cual es el de que a su parecer es errado el fundamento legal que le dio la Sala a su decisión de admitir y estudiar las demandas no firmadas por abogados inscritos presentadas para sustentar recursos interpuestos antes de la Reforma Constitucional. Esta base legal es la interpretación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 en concordancia con los artículos 7º del Código de Procedimiento Penal y 1228 del Código de Procedimiento Civil.

Bien mirada y estudiada la sólida y lógica argumentación del señor Procurador, la Sala no tiene inconveniente en aceptar su tesis, en cuanto a que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 contempla el caso de conflicto entre leyes procedimentales de categoría igual y, por tanto, esa disposición no puede referirse a la oposición de una simple ley procesal con el mandato de un canon constitucional.

En cambio, aún teniendo en cuenta los razonamientos del señor Procurador, la Sala insiste en considerar que por un sentido de equidad y con el objeto de no reducir hasta un grado de penosa severidad la defensa de los procesados, sí deben estudiarse las demandas signadas por ellos cuando son presentadas para sustentar recursos que les fueren concedidos, antes de la reforma constitucional, con la plenitud de los requisitos legales y constitucionales.

Sentada esta decisión, la Sala entra a estudiar el escrito de los condenados en el cual intentan sustentar el recurso de casación.

En el libelo de los demandantes se invocan las causales primera y segunda de casación, pero sin que se aduzcan argumentos importantes basados en el análisis jurídico del fallo apelado, lo que hace considerar a la Sala que se trata de un mero alegato de instancia que no es conducente en el presente recurso, por lo cual, teniendo, también en cuenta, que la causal segunda es inoperante en juicios ventilados ante el Jurado, no puede estimar el aludido escrito como demanda de cesación y, de consiguiente, decide declarar desierto el recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre

de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara DESIERTO el recurso de casación interpuesto por Librado y Desiderio Pico contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha 14 de diciembre del año próximo pasado que los condenó a la pena principal de ocho años y cuatro meses a cada uno como responsables de los delitos de homicidio y heridas de que fueron víctimas José María Ramírez y Telésforo Naranjo, muertos, y Campo Aníbal Vejarano, lesionado.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

MEDICOS LEGISTAS

En jurisprudencia sentada por la Corte se ha aceptado que los médicos legistas, por ser auxiliares oficiales de la justicia prestaron su juramento de rigor al posesionarse de su cargo, según lo exigen la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diecisiete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez A.)

Vistos:

En providencia de fecha quince de diciembre del año próximo pasado dictada por el Tribunal Superior de Popayán, fue condenado Antonio Gutiérrez Murillo a la pena principal de dos años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales de que fue víctima Miguel Angel Castaño.

El señor defensor del condenado, quien interpuso oportunamente recurso de casación contra el fallo aludido, sustenta su demanda en las causales segunda y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de la causal segunda alegada, la Sala observa que, siendo el presente negocio de los atribuídos a la competencia de los Jueces de Circuito, y por ende, no sometido a la decisión del Tribunal de conciencia, sí es pertinente la invocación de tal texto y el estudio de sus fundamentos respectivos.

CAUSAL SEGUNDA

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

El demandante afirma que la causal invocada debe prosperar por dos aspectos: primero, porque los dictámenes periciales que se tuvieron en cuenta para acreditar la existencia objetiva del delito de lesiones, no llenan esa finalidad puesto que no se ajustaron a las disposiciones procedimentales que regulan la prueba pericial; y segundo, porque los indicios que sirvieron para condenar al procesado "no constituyen reunidos plena prueba de su responsabilidad".

En relación con el primer argumento, dice el recurrente, que los dictámenes periciales que probaron las lesiones sufridas por la víctima, están viciados de nulidad porque no se ajustaron a lo prescrito por los artículos 261, 266 y 269 del Código de Procedimiento Penal. Esto es, que no se recibió juramento a los peritos dictaminadores de las heridas, que esos dictámenes no fueron puestos en conocimiento de las partes y que habiéndose podido acudir a los médicos legistas se aceptó un dictamen de un médico perito particular.

Confrontadas las impugnaciones del peticionario con los autos del proceso se deduce: a) que efectivamente el Médico Oficial de Higiene del Municipio de Santander, no prestó el juramento de rigor al otorgar su dictamen que obra a folio 103; b) que ese dictamen pericial lo debía dar la Oficina de Medicina Legal; y c) que ninguno de los aludidos conceptos fue puesto en conocimiento de las partes, especialmente.

Sin embargo, de la directa apreciación de tales dictámenes se deduce que en primer lugar, el médico oficial de Higiene de Santander reconoció al lesionado, con base en una orden del Juzgado Penal del Circuito y autorizado por la Oficina de Medicina Legal de Popayán, despacho que ratificó posteriormente tal concepto. En tal situación, no era indispensable la prestación del juramento, para el médico de Higiene de Santander, puesto que era sólo un medio de llenar una formalidad exigida por la Oficina de Medicina Legal de Popayán. Además, teniendo en cuenta esa autorización, era inoficioso por parte del Juez ordenar el traslado del reconocido a la ciudad de Popayán, pudiendo en su jurisdicción efectuar la pericia solicitada. En segundo término, la irregularidad de no haberse puesto, especialmente, en conocimiento de las partes los dictámenes periciales, quedó subsanada posteriormente con el conocimiento que de ellas tuvieron los interesados y con su expresa aceptación, ya que siempre tu-

vieron la oportunidad que les otorgaba el artículo 266 de solicitar se ampliara, explicara o aclarara tal dictamen, derecho del cual no quisieron hacer uso, por lo cual debe presumirse que estuvieron en todo caso de acuerdo con él.

Si el demandante, en tercer término, quiere impugnar también los dictámenes periciales, porque los médicos legistas no rindieron el juramento establecido por el artículo 262 del C. de P. P., es necesario recordar que en jurisprudencia sentada por la Corte se ha aceptado que los Médicos Legistas, por ser auxiliares oficiales de la justicia prestaron su juramento de rigor al posesionarse de su cargo, según lo exigen la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal.

Por las razones expuestas, la Sala deja rebatidos los argumentos del demandante, en cuanto a este respecto se trata.

El segundo fundamento de la causal invocada, lo alega el peticionario como errónea apreciación de la prueba. Sobre esta impugnación, la Sala estima que las apreciaciones aducidas por el demandante son insuficientes para llegar a la conclusión que se busca y examinadas no conducen a la demostración de que se incurrió en errónea apreciación de la prueba no pudiendo la Corte entrar a discutir la apreciación de los juzgadores de derecho, siendo, por el contrario acertada la interpretación hecha por el Tribunal sobre este particular.

No prospera, por tanto, la causal segunda invocada.

CAUSAL QUINTA

No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

Dice el demandante que la sentencia recurrida no contiene los resultados y considerandos que deben tener las providencias de tal clase, respecto a los fundamentos jurídicos de la calificación de los hechos y de las circunstancias de lugar, tiempo y modo a que alude el proceso.

Efectivamente, el fallo recurrido no contiene en forma enumerada los resultandos y considerandos que, exige el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal. Pero la ausencia de tal formalidad, no implica irregularidad grave alguna en el presente caso, puesto que siempre se hizo un detenido análisis de las pruebas del cuerpo del delito como de la responsabilidad del procesado, fundamentando la disposición penal aplicable, en el estudio de la realidad del proceso y de la personalidad del delincuente. Además, se expresan allí los motivos generales de la decisión condenatoria de tal providencia.

Tampoco, por esta causal, prospera el quebrantamiento del fallo recurrido.

El señor Procurador, después de un claro estudio de la demanda y de la providencia recurrida, solicita no se case la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia de quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro proferida por el Tribunal Superior de Popayán, por medio de la cual se condenó, con aplicación del mínimo señalado en el artículo 374 del Código Penal, a Antonio Gutiérrez Murillo a la pena principal de dos años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales de que fue víctima Miguel Angel Castaño.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

PREVARICATO. ABUSO DE AUTORIDAD

1.—Para que haya prevaricato en los funcionarios o empleados públicos se necesita no solamente que en esa calidad procedan en contra de los preceptos legales, sino que así actúen a sabiendas y por simpatía hacia unos interesados, o animadversión hacia otros (artículos 168 y 169 del C. P.). La ley requiere, pues, como elementos de este delito, el dolo específico y el móvil de los sentimientos, simpatía o enemistad con las partes o litigantes. Y cuando la ley exige que un hecho para ser delito se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia debe aparecer plenamente comprobada (artículo 273 C. de P. P.).

2.—En cuanto al abuso de autoridad, y para este caso de fallos judiciales, es menester que en la calidad dicha de funcionario o excediéndose en ella, se cometa acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. (Artículo 171 C. P.). El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos contra las personas o las propiedades. En este sentido, cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor; y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón violando la equidad. Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como en todo delito (y salvo el caso de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento psíquico, esto es, el dolo, que consiste, en este evento, en la voluntad o propósito de "cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos", como dice Manzini. Es verdad que el código no requiere en este caso el dolo específico del prevaricato, vale decir, el proceder "a sabiendas", pero si el dolo genérico y este elemento psíquico debe aparecer también suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal. En este orden no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana. Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia, y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 5 de abril del presente año, SOBRESEYO DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Roberto Pineda Castillo, juez primero del Circuito Civil de Bogotá, por los delitos de abuso de autoridad y prevaricato de que lo acusó el doctor José Domingo Pulido, y ordenó sacar copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad que pudiera caberle al denunciante por falsas imputaciones hechas ante las autoridades.

Por apelación debe revisar la Corte dicha providencia.

Según el escrito de denuncia, los hechos criminosos realizados por el doctor Pineda Castillo como juez del circuito consistieron en haber ordena-

do tramitar el incidente de levantamiento del embargo y secuestro de algunos muebles y enseres de la oficina del doctor Camilo Delgado Morales y en haber decretado el levantamiento de las mismas medidas sobre los mismos bienes, al conocer por apelación de las respectivas providencias del juzgado 7º municipal de Bogotá. El citado funcionario, dice el denunciante, dictó las providencias de 8 y 28 de julio del presente año, en que se contienen aquellas resoluciones, "a sabiendas" de que eran contrarias al texto de la ley, especialmente del artículo 494 del código civil.

Del proceso se deduce lo siguiente:

1º En el juzgado séptimo civil municipal de esta ciudad se adelantaba un juicio ejecutivo contra el doctor Camilo Delgado Morales, por suma de pesos, en el cual figuraba como ejecutante el doctor José Cortés y como tercerista el doctor José Domingo Pulido.

2º En tal ejecución fueron embargados y secuestrados los muebles de la oficina de los doctores Camilo y Carlos Delgado Morales, entre ellos, una máquina de escribir marca "Remington".

3º El día en que debían rematarse esos bienes, se presentó el doctor Carlos Delgado Morales y solicitó la suspensión de la subasta y que se abriera la correspondiente articulación de desembargo, peticiones que fueron negadas por el juzgado municipal.

4º Habiendo subido el negocio al conocimiento del juzgado primero del circuito civil de Bogotá, a cargo del doctor Pineda Castillo, fue revocada en todas sus partes la providencia recurrida y se ordenó la tramitación del incidente de desembargo.

5º El juzgado municipal, en auto de 15 de mayo del año pasado, declaró sin efecto la diligencia de remate llevada a cabo el 29 de octubre de 1943 y negó el desembargo de los bienes, salvo de la máquina de escribir "Remington", que ordenó entregar el articulante doctor Carlos Delgado Morales (f. 14); pero en providencia posterior (de 29 de mayo) revocó lo resuelto sobre la máquina de escribir (f. 26).

6º El juzgado primero del circuito, al conocer por apelación de lo dispuesto por el juzgado a quo, revocó el auto y decretó el levantamiento del embargo y del secuestro de todos los bienes y su entrega al articulante doctor Carlos Delgado Morales (auto de 8 de julio de 1944, folio 14).

7º Al pedirle reposición de la anterior providencia, no accedió a revocarla ni a modificarla (auto de 28 de julio de 1944, f. 15).

8º En fin, se trajeron al expediente copias de las providencias que motivaron las quejas del denunciante y consta que el sindicado desempeñaba en la época en que fueron proferidas el cargo de juez primero del circuito civil de Bogotá (fls. 8v. y 18).

Se considera:

Para que haya prevaricato en los funcionarios o empleados públicos se necesita no solamente que en esa calidad procedan en contra de los preceptos legales, sino que así actúen a sabiendas y por simpatía hacia unos interesados, o animadversión hacia otros (artículos 168 y 169 del C. P.). La ley requiere, pues, como elementos de este delito, el dolo específico y el móvil de los sentimientos de simpatía o enemistad con las partes o litigantes. Y cuando la ley exige que un hecho para ser delito se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante —como aquí acontece— dicha circunstancia debe aparecer plenamente comprobada (artículo 273 del C. de P. P.). Y resulta que de las piezas del proceso no aparece ni el menor indicio de que el acusado hubiera obrado en las condiciones arriba indicadas.

Ahora, en cuanto al abuso de autoridad y para este caso de fallos judiciales, es menester que en la calidad dicha de funcionario o excediéndose en ella, se cometa acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, (artículo 171 del C. P.). El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos contra las personas o las propiedades. En este sentido, cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor; y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón violando la equidad.

Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como en todo delito (y salvo el caso de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento psíquico, esto es, el dolo, que consiste en este evento en la voluntad o propósito de "cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos", como dice Manzini. Es verdad que el código no requiere en este caso el dolo específico del prevaricato, vale decir, el proceder "a sabiendas", pero sí el dolo genérico y este elemento psíquico debe aparecer también suficiente-

mente demostrado, según los artículos 429 y otros del código de procedimiento penal.

En este orden no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes para deducir el abuso de autoridad porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana.

Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales.

Pues bien, de las mismas piezas traídas al expediente no aparece que el doctor Pineda Castillo hubiera actuado por capricho ni con injusticia; al contrario, y como la procuraduría lo anota, "sus providencias están debidamente fundamentadas, lo que demuestra que él estudió las cuestiones sometidas a su criterio en una forma serena y recta. Si acaso se equivocó —concluye— de ello cúlpese a la falibilidad humana".

Es común que cuando los fallos de los jueces no resultan conformes con las aspiraciones de las partes, se hagan graves acusaciones contra aquéllos; pero en esos intereses pecuniarios o en ese amor propio lastimados no puede fundarse la responsabilidad penal, que tiene otras causas señaladas en el código respectivo.

Es necesario concluir, por lo que se deja dicho, que la providencia consultada es jurídica, porque no hay prueba de que el sindicado hubiera procedido dolosamente (artículo 437 del C. de P. P.). De esa opinión es también el ministerio público.

Opina también la procuraduría que la última parte de la providencia, o sea, en la que se ordena sacar copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad del denunciante por sus falsas imputaciones, habrá de revocarse, porque para que haya delito en las denuncias que se presentan ante las autoridades es menester que se proceda "a sabiendas" de que la infracción penal no se ha cometido o de que el denunciado es inocente. Y tratándose, como en este caso, de un proceso civil en que se debatieron cuestiones contradictorias que no carecen de fundamentos, no es posible afirmar que el denunciante obrara temeraria y dolosamente al formular sus acusaciones. La Sala comparte esta opinión y obrará de conformidad con ella.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia apelada, pero la revoca en la parte en que ordena compulsar copias para los efectos allí mismo indicados, según lo explicado en el párrafo anterior.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingó Sarasty.—Julio E. Argüello, Srio.

DELITO DE LESIONES PERSONALES.— LA IRA EN LA EJECUCION DEL DELITO. TECNICA DE CASACION EN MATERIA PENAL.

1. — No basta experimentar ira para que esa emoción dinámica tenga alguna significación, sea de algún valor en el juzgamiento. Es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito y que tal ofensa sea grave e injusta. Sólo así entra como factor capaz de modificar el hecho, siempre que exista el necesario vínculo entre él, la incitación injuriosa y el estado psicológico de quien lo consuma. En otros términos, que el acto surja como una reacción y no de modo espontáneo o inmotivado.

2. — Cuando el sentenciador presenta razones y el demandante no lo hace, ni explica el por qué de su reclamo, ni hay fuente de dónde partir para emprender un estudio que requiere el planteamiento de previa controversia, puntos de vista en desacuerdo u opuestos y no únicamente la expresión desnuda de una queja, no es posible imaginar o suponer los fundamentos que tuvo el demandante para combatir el fallo. Porque si el recurso de casación es una crítica a la sentencia, lo elemental es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado; en fin, ofrecerle al debate un mínimo de ilustración y no reducirlo todo a enunciar una protesta cuya razón de ser no tuvo el demandante la precaución de revelársela a la entidad ante quien formuló su petición o su demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cinco.

Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez.

VISTOS:

En desarrollo del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de veintidós de febrero de este año, del Tribunal Superior de Tunja, en la cual se condenó a Rogerio Rubio Romero a la sanción principal de cuatro años de presidio, como autor del delito de lesiones personales, se ha alegado por parte del defensor de aquél la 2ª y la 1ª causales del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dicen:

Causal 1ª — "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Causal 2ª — "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".

Como el estudio de una de ellas (la 2ª) exige generalmente conocer, aunque sea de paso, el hecho juzgado, va la Sala a resumirlo. Es como sigue:

El veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y tres se hallaban en la tienda de Alberto Rubiano situada en el paraje de "Mesitas del Guavio", municipio de Macal, Rogerio Rubio Romero y Julio Villamil, tomando licor. A poco de haberse trabado una agria discusión entre los dos, se presentó Ismael Tobar, a intervenir en favor del segundo de los nombrados, mediación que se limitó a observarle a Rubio Romero que debía respetar a Villamil por quien él "estaba dispuesto a todo". Dicho esto, Tobar se retiró y se colocó cerca al mostrador de la fonda; y estando allí — desprevenido — fue atacado por Rubio Romero, quien se le aproximó de improviso blandiendo un machete con el cual le causó varias heridas (en la mano izquierda, cuyo dedo índice fue mutilado en dos de sus falanges, y en la cara), que lo incapacitaron por el término de cuarenta días y dejaron como consecuencia una perturbación funcional permanente y desfiguración facial irreparable.

Sentencia acusada

Tanto en el fallo de primera instancia como en el del Tribunal se le dio aplicación al inciso 2º del artículo 374 del Código Penal y se dedujeron circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, estimación que dio lugar a que no se impusiera el mínimo de la sanción allí fijado. Pero en la segunda instancia se modificó la sentencia del Juez Penal del

Circuito de Garagoa, elevándola a cuatro años, porque se consideró que eran varias aquellas circunstancias de mayor peligrosidad y no una sola, como lo había apreciado y creído el Juez, que impuso tres años de presidio, como puede verse en los dos pasajes que van a transcribirse de uno y otro fallo:

"La forma desprevenida en que estaba la víctima en el momento del ataque, lo rápido y sorpresivo de éste, la naturaleza del arma vulnerante y las actuaciones inmediatamente posteriores del sindicado, manifiesta, sin lugar a duda, que se está en presencia de la circunstancia de mayor peligrosidad indicada en el numeral 6º del artículo 37 del Código Penal". (Sentencia de 30 de agosto de 1944, del Juzgado Penal del Circuito de Garagoa).

"..... El delito cometido por Rubio Romero fue indudablemente **gravísimo**; los motivos determinantes **fueron bajos**, ya que Tobar sólo había reclamado con anterioridad respeto para la autoridad que ejercía entonces Julio Villamil como jefe de policía de "Las Mesitas del Guavio"; como circunstancias de mayor peligrosidad concurren en contra del enjuiciado las enumeradas en los incisos 3º, 5º y 6º del artículo 37, ibidem, consistentes: en el motivo innoble o fútil con que obró, la preparación ponderada del antisocial, y los instrumentos y el modo de la ejecución del mismo, que dificultaron la defensa del ofendido, que lo pusieron en circunstancias desfavorables, y que revelan gran peligrosidad en el delincuente; en pro del enjuiciado militan las circunstancias de menor peligrosidad contempladas en los numerales 5º, 11 y 1º del artículo 38 del mismo Código; ésta, la de buena conducta anterior, se le acepta por no haber sido procesado, a pesar de que varios testigos afirman que era borracho, agresivo, peligroso.

"..... En virtud del considerando anterior, estimamos que la pena que debe aplicarse al procesado es "el término medio entre el mínimo y el máximo de la pena señalada en la disposición penal infringida" (inciso 2º, artículo 374 del C. P.), como dice el señor Fiscal, o sea, cuatro años de presidio (que es la pena media) y no tres aplicados por el señor Juez inferior. Teniendo en cuenta las condiciones económicas del mismo procesado, la multa que debe pagar en favor del Tesoro Nacional debe ser de trescientos pesos, como pena principal". (Sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de 22 de febrero de 1945).

Demanda de casación

En un escrito muy breve y que no está ajustado a la técnica de este recurso extraordinario, el demandante señala como motivo de la 2ª causal invocada la "errada interpretación de los hechos", que funda: a) en no haberse reconocido que Rogerio Rubio Romero procedió animado por la ira que le produjo la actitud de Ismael Tobar; y b) en haberse deducido circunstancias de mayor peligrosidad "que no constan", como la preparación ponderada del delito y los motivos fútiles del delincuente para consumar el mismo.

Exactamente son éstos los motivos que aparecen expresados — pero simplemente expresados — como fundamento de la causal 1ª.

Concepto de la Procuraduría

Se opone el Ministerio Público a la invalidación del fallo, conforme a la petición de la demanda, la que en concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, además de ser deficiente es desordenada, pues allí se involucra en una de las causales lo que es materia de la otra.

Sin embargo, el señor Procurador analiza suscintamente los escasos argumentos elaborados por el demandante para sostener la 2ª causal, y al ocuparse en la alegación respecto de la 1ª, dice que no se dio razón alguna y que por tratarse de simples afirmaciones, no hay ni siquiera oportunidad de estudiarla.

Para rechazar el cargo de que no se tuvo en cuenta el estado en que delinquió Rubio Romero, expone el señor Procurador Delegado en lo Penal esto:

"..... De acuerdo con el artículo 28 del Código Penal, la ira debe ser producida por una ofensa grave e injusta. Además, quien sufre la ira ha de ser el sujeto pasivo de la provocación, y no el provocador.

"En el presente caso, la intervención de Ismael Tobar no constituye por ningún motivo ni grave ni injusta provocación, puesto que ni siquiera profirió ofensas a Rogerio Rubio Romero cuando éste, en estado de embriaguez, sostenía un altercado con Julio Villamil, Comisario del lugar, en la venta o tienda de Alberto Rubiano. Por el contrario, Rubio Romero fue el provocador de la disputa con Villamil. Esto se desprende muy claramente de las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos Teódulo Cárdenas, Ciro Antonio Barreto, Alberto Rubiano, Desiderio Matéus y Publio Martínez, quienes, además testifican sobre el hecho de que habiendo pasado la discusión entre los nombrados individuos, Ismael Tovar se hallaba desprevenido, cuando intempestivamente lo atacó el procesado.

"Finalmente, el auto de proceder descartó toda circunstancia de exculpación en favor del acusado".

Decisión

Causal 2ª — Ya se ha visto que el único argumento apreciable consiste en no haberse impuesto la sanción de acuerdo con los términos del artículo 28 del Código de las Penas. Pero también se ha visto que el modo como se consumó la acción del procesado no permitía acomodar ésta a aquella disposición penal, cuyos requisitos no se cumplen en el caso que se examina. Porque no basta experimentar ira—como gratuitamente asevera el demandante que la experimentó su defendido — para que esa emoción dinámica tenga alguna significación, sea de algún valor en el juzgamiento. Es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito y que tal ofensa sea grave e injusta. Sólo así entra como factor capaz de modificar el hecho, siempre que exista el necesario vínculo entre él, la incitación injuriosa y el estado psicológico de quien lo consuma. En otros términos, que el acto surja como una reacción y no de modo espontáneo o inmotivado.

Y se dice que la afirmación del demandante es gratuita, porque el procesado en su indagatoria no hizo mención de la ira, es decir, no manifestó que hubiera sido ella la que lo determinó a obrar. Sencillamente dijo:

"Primero habíamos tenido la discusión con don Julio y después fue cuando yo jaché al otro".

La causal 2ª no puede, por lo tanto, prosperar, pues carece de todo apoyo jurídico.

Causal 1ª — La escueta afirmación de ser equivocada la sentencia en cuanto se refiere a la pena señalada en ella, no obliga a su análisis o examen. Si el recurso de casación consiste en cotejar el fallo con la jurisprudencia y con la ley, es deber de quien lo impugna dar la razón que lo ha movido a acusarlo, porque oficiosamente nada es posible corregir fuera de las instancias del juicio.

Verdad es que se advierte en la sentencia del Tribunal de Tunja cierto criterio dosimétrico, cierta fidelidad a las abolidas fórmulas (artículos 122, 123 y 124 del Código Penal de 1890, en la tarea de fijar la sanción. Pero como ello no ha sido materia del recurso, la Sala no puede tener en consideración este reparo, que hace por su cuenta.

En resumen: cuando el sentenciador presenta razoses y el demandante no lo hace, ni explica el por qué de su reclamo, ni hay fuente de dónde partir para emprender un estudio que requiere el planteamiento de previa controversia, puntos de vista en desacuerdo u opuestos y no únicamente la expresión desnuda de una queja, no es posible imaginar o suponer los fundamentos que tuvo el demandante para combatir el fallo. Porque si el recurso de casación es una crítica a la sentencia, lo elemental es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado, en fin, ofrecerle al debate un mínimo de ilustración y no reducirlo todo a enunciar una protesta cuya razón de ser no tuvo el demandante la precaución de revelársela a la entidad ante quien formuló su petición o su demanda.

De consiguiente, tampoco es atendible la causal 1ª

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal, — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA el fallo de veintidós de febrero de este año, dictado por el Tribunal Superior de Tunja, en el cual se condenó a Rogerio Rubio Romero, como autor del delito de lesiones personales, a la sanción principal de cuatro años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

ELEMENTOS DIFERENCIALES DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.—NULIDAD POR ERROR EN SU DENOMINACION JURIDICA.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

El abogado doctor Gonzalo Benavides Guerrero, apoderado de Horacio Obando, formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del 1º de septiembre del año pasado, por la cual — con aplicación de los artículos 388 (numerales 1º y 6º) y 402 del estatuto penal — condenó a Obando a la pena de tres años de prisión, por el delito de robo en bienes del doctor Luis F. Palacios, cometido el 10 de abril de 1942, en la cantina "El Botecito", perteneciente al sentenciado, establecida en la ciudad de Pasto.

Sometido el recurso, así como el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Sarasty, actual miembro de esta Sala y de la del Tribunal que dictó la sentencia recurrida, a las normas propias de uno y otro, la Corte decide el recurso en esta providencia.

Como elementos de juicio, se resumen en seguida el hecho y sus circunstancias, las actuaciones procesales y, finalmente, las tesis del Procurador y del recurrente.

I. — El delito y sus modalidades

Nabor Pantoja, empleado de probadas honestidad y pulcritud del doctor Luis F. Palacios, propietario de la mina de oro llamada "La Reina", era el encargado de traer el oro a Pasto, venderlo y llevar a aquel el producto de la venta.

El 10 de abril de 1942, Pantoja recibió del señor Diógenes Palacios la suma de $ 648.12 moneda legal, valor de la venta de una remesa de oro — parece — que debía llevar al doctor Palacios, a Los Andes, municipio donde está situada la mina, y en las horas del medio día, como no le fuera posible conseguir vehículo que lo transportara entró — acompañado de Marcos Quirós — a la cantina de Horacio Obando, mientras esperaban la partida de algún carro que los condujera a su destino.

Transcurrido algún tiempo, decidieron salir de la cantina, pero Obando, al darse cuenta de esto, quitó a Pantoja el talego con el dinero y diciéndole que allí se lo guardaba, lo puso dentro de una vitrina a cual aseguró con llave. Pantoja, sin protestar por la actitud de Obando, permaneció allí aproximadamente hasta las seis, hora en que salió a comer acompañado de Ester Benavides, esposa de Obando, no sin que antes aquélla cerrara con llave la puerta de la cantina. Al regresar, Pantoja pidió a Ester el talego, y ella respondió que lo reclamara a su esposo porque ella no sabía dónde estuviera. Obando, al ser igualmente requerido, manifestó a Pantoja no se afanara, pues que su plata estaba segura, lo que también dijo al señor Diógenes Palacios, cuando al día siguiente fue a reclamarle el talego.

Pantoja y Quirós pernoctaron allí, y a la mañana siguiente, al pedirle de nuevo el talego, Obando afirmó que se lo habían sacado de la vitrina.

Este hecho, denunciado ante el Juez Auxiliar de la Policía Nacional, fue la base del proceso criminal que terminó con la sentencia ahora impugnada en casación.

II. — Actuaciones procesales

Entre las actuaciones procesales que, por la decisión que contienen, se relacionan con las tesis planteadas en este recurso, se resumen las siguientes:

a) Auto de proceder del Juzgado Segundo del Circuito Penal de Pasto, del 20 de octubre de 1942, por cuya parte resolutiva abrió causa criminal contra Horacio Obando "por un delito que bajo la denominación genérica de "Del robo" define y castiga el Código Penal, en su Capítulo II, Título XVI del Libro II, niega el beneficio de libertad solicitado y sobreseé temporalmente en las presentes diligencias a favor de Ester Benavides de Obando y de Antonio Benavides";

b) Sentencia del mismo Juzgado, del 10 de septiembre de 1943, por la cual — con aplicación del artículo 402 del C. P. — condenó a Obando a la pena de cinco años de presidio, por el delito de robo, y

c) Sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del 1º de septiembre del año pasado, por la cual con aplicación de los artículos 398 (numerales 1º y 6º)

y 402, modificó la pena y la redujo a tres años de prisión.

III. — Tesis del recurrente y del Procurador

Tres causales de casación adujó el recurrente: la violación de la ley penal por errónea interpretación e indebida aplicación, la errada interpretación o apreciación de los hechos — siendo elementos constitutivos del delito, dice — al habérseles atribuído un valor probatorio que no tienen, y su manifiesta contradicción, y violación de la ley procedimental por cuanto el Tribunal dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad por causa de error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

Presentada la causal de nulidad, es a ésta a la que debe darse preferencia, ya que — al estar probada — consecuencialmente haría inútil el estudio de las otras; además, como el fundamento de la cuarta se refiere — precisamente — a error relativo a la denominación jurídica de la infracción, su análisis comprende el cuerpo del delito, cuya existencia objeta el recurrente con base también en las causales primera y segunda invocadas.

Tomando como punto de partida el artículo 402 del Código Penal, el recurrente plantea dos tesis: primera, que en el robo, la preexistencia de la cosa robada — no aquí probada, según él — es lo que comúnmente constituye el cuerpo del delito, y segunda, que el medio empleado por Obando para apoderarse del talego con el dinero no implica violencia; tesis éstas, que lo llevan a afirmar que el delito no existió, o por lo menos que es otra la denominación jurídica que ha debido dársele.

El Procurador Delegado, en un excelente estudio sobre el delito de robo en general y sobre el delito imputado a Obando — que habrá de orientar a la Corte en su decisión — se opone a las tesis del recurrente relativas a la inexistencia del cuerpo del delito, a la vez que acepta la otra, o sea la del error en su denominación jurídica por cuanto no se comprobó el elemento de la violencia, y solicita, en consecuencia, se invalide la sentencia y se declare nulo el proceso desde el auto de enjuiciamiento.

IV. — El delito y su calificación

La decisión del recurso presupone dos cuestiones que necesariamente repercuten en la denominación jurídica de la infracción: el cuerpo del delito y su calificación genérica con las circunstancias que lo especifiquen. Y es tanto más importante dilucidarlas, cuanto que el recurrente, al fundar las causales, parte siempre del cuerpo del delito que, constituído por la preexistencia de la cosa sustraída—dice — no fue acreditado en el proceso.

El cuerpo del delito de robo — según los artículos 273 del estatuto procesal y 402 del penal — no se concreta al objeto material, que apenas es uno de sus elementos integrantes, pues que también lo son el objeto jurídico y la acción psíquica y física, aunque es lógico que si falta uno de ellos, o no existe el robo, o adquiere otra figura delictuosa, como en forma tácita lo sugiere el recurrente, y en forma expresa y categórica el Procurador.

Tanto en el antiguo estatuto procesal penal, como en el vigente, existen normas claras y precisas que rigen la prueba de la propiedad, preexistencia y consiguiente falta del objeto materia del delito, y rigen también el criterio de apreciación de aquella prueba.

El artículo 312 del actual Código — que reproduce el artículo 6º de la Ley 54 de 1913 — prescribe que en la investigación de los delitos de hurto o robo, no es preciso probar la propiedad, preexistencia y falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de tales delitos y, además, confiere al Juez la facultad de apreciar, según su prudente juicio, tales circunstancias. Y el artículo 313 — que reproduce y amplía el artículo 1529 del antiguo Código — autoriza al Juez para recibir la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, en cuanto a la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas, y cuya credibilidad debe apreciarse en la forma prescrita por el artículo 224, esto es, en consideración a las normas de la crítica del testimonio, a las condiciones personales y sociales del testigo, a las del objeto a que se refiere el testimonio, a las circunstancias en que haya sido percibido y a aquéllas en que sea rendido.

Estas normas — se deduce — constituyen una muy definida excepción a la presunción legal de parcialidad que los artículos 669 y 670 del estatuto procesal civil, aquí aplicable por mandato del artículo 7º del procesal penal, dan a la categoría de testigos en ellas mencionados; normas que el Procurador Delegado, en su vista en este negocio, calificó de admirables, por cuanto se estableció un sistema probatorio de libre persuación en defensa del patrimonio y del interés social.

El Tribunal Superior, al apreciar los testimonios de Nabor Pantoja, el portador del dinero sustraído, de Marcos Quirós, su compañero de trabajo y también empleado del doctor Luis F. Palacios, de Diógenes Palacios, padre de éste, y de Teodulia v. de Villota, empleada de Obando y presunta amante de

Pantoja, actuó dentro de las facultades que le otorgan las normas mencionadas.

Diógenes Palacios, en efecto, afirma haber entregado a Pantoja la suma de $ 648.12 con destino al doctor Palacios y a otras personas, afirmación que Pantoja ratificó en su denuncio; Marcos Quirós declara que Pantoja, al entrar a la cantina de Obando, llevaba el talego con el dinero, que más tarde aquél le quitó con pretexto de guardárselo; Teodulua de Villota narra las exigencias de Pantoja a Obando y a su esposa, el día del delito y al siguiente, para que se le devolviera el talego, así como sus respuestas evasivas, y Pantoja, en su careo con Obando, le sostuvo sin vacilación y con energía, los cargos imputados Las condiciones personales de Pantoja, Quirós y Palacios, las relaciones que los ligaban entre sí y en frente al dueño del dinero, las condiciones de la empleada de Obando, y aquéllas en que percibieron los hechos declarados y rindieron sus testimonios, conducen a aceptar que dentro del talego de que Obando se apoderó, existía, desde que Palacios lo entregó a Pantoja, el dinero sustraído, y que, en consecuencia, la objeción del recurrente, en cuanto a la preexistencia, es infundada.

El otro problema planteado por el recurrente es el relativo a la violencia, elemento que diferencia los delitos de hurto y robo, ya que los restantes — el objeto material, su carácter de cosa mueble y ajena, la sustracción sin el consentimiento del dueño y el propósito del aprovechamiento — son comunes a ambos delitos.

El medio empleado por Obando — que afirman Pantoja y Quirós — no alcanza aquí a constituír ese elemento primordial del robo. Uno y otro, en efecto, aseveran que Obando le quitó el talego a Pantoja, diciéndole que se lo guardaría, sin que aquél, al hacer esto, hubiera realizado cosa distinta a tomarlo de debajo del brazo de Pantoja y depositarlo en la vitrina, que inmediatamente aseguró con llave, y sin que Pantoja hubiera reaccionado en forma alguna ante el hecho de Obando. Apenas hubo, pues, apoderamiento del talego con el dinero, extrañamente aceptado por Pantoja, y renuencia, por parte de Obando, a su restitución, simulando la sustracción por persona que no determinó en los interrogatorios a que fue sometido.

"La violencia constitutiva del robo — dice el Procurador Delegado — debe ser aquella capaz de vencer las resistencias que la previsión de los particulares ha opuesto a terceros para impedir la sustracción de los bienes. De aquí que no cualquier esfuerzo que el delincuente haga para apoderarse de la cosa mueble, constituya robo; es preciso que recurra a una constricción específica, ya material o ya de orden subjetivo, para que ese delito se configure De lo contrario, la simple remoción de una cosa pesada, la mera separación de las ramas de frágiles arbustos que sirven de cercados, el desatar el lazo con que un semoviente esté cogido, y otros ejemplos por el estilo, constituirían robo. Y esto no es así. La violencia, se repite, ha de tener una aptitud y una entidad bastantes para romper los medios de seguridad en que la cosa sustraída se encuentra. Sólo así la violencia no se identifica con el hecho mismo del apoderamiento que integra el hurto. En el presente caso, el haberle arrebatado Horacio Obando la talega a Nabor Pantoja, extrayéndola de la presión del brazo en que la mantenía no alcanza a ser la violencia típica del robo, sino apenas el simple acto físico de aprehensión de la cosa que es necesario para desplazarlo o tomarlo del poder de quien la tiene, tal como ocurre en el delito de hurto".

"Por tanto hay que aceptar que el delito consumado por Horacio Obando fue el de hurto, y nó el de robo, mayormente si se considera la actitud pasiva o de tolerancia que conservó Nabor Pantoja una vez que le fue quitada la talega, sin protestar ni acudir a la autoridad para el rescate del dinero. ¿Pero esa aparente aquiescencia del denunciante puede interpretarse como un acto de confianza o de tenencia conferido al procesado para mantener en custodia el dinero que luégo desapareció, de tal suerte que el delito degeneró en una apropiación indebida? Nó. Es unánime la doctrina de que el presupuesto material del abuso de confianza, es sólo la tenencia fiduciaria, o sea aquélla que se deriva de las buenas relaciones entre el delincuente y la víctima, o la que se constituye mediante un título no traslaticio de dominio, como el depósito, el comodato, la comisión, etc. De ahí que en este delito sea de capital importancia distinguir la simple tenencia material de la cosa, de la verdadera tenencia fiduciaria o jurídica que engendra la apropiación indebida".

El mismo Procurador, después de transcribir las doctrinas de Ure e Irureta Goyena, amplía su anterior concepto en la forma siguiente:

"Por otra parte, es preciso agregar que la tenencia debe ser obtenida lícitamente, sin fraude ni violencia, para que pueda ser el presupuesto material del delito de abuso de confianza o apropiación indebida. El acto de la entrega debe ser, pues, voluntario y no determinado por el empleo de maniobras

fraudulentas o coactivamente, porque entonces el apoderamiento de la cosa, podrá constituír otra clase de infracción, como la estafa, el robo, el hurto o la extorsión. En el presente caso, la forma coactiva como Horacio Obando tomó de Nabor Pantoja el dinero, desnaturalizó la tenencia fiduciaria, o sea la que es capaz de conceder al tenedor un poder legítimo y jurídico sobre la cosa que le ha sido entregada a título no traslaticio de dominio, y en cambio engendró aquella tenencia llamada material que sólo representa un mero contacto físico, una simple detención, de que habla el tratadista Ernesto J. Ure, y que configura el delito de hurto".

La noción de violencia, que transcribe el Tribunal tomada de Croizard, es aquí — en verdad — aplicable, pero no en favor de la tesis del robo sino del hurto, ya que Obando nada hizo para privar a Pantoja de su libertad, ni para vencer la resistencia que hubiera podido oponerle, ni para obligarlo a entregarle el talego; muy por el contrario, conocidos que eran, Pantoja ante el acto intempestivo, aunque no violento, de Obando, sólo asumió una actitud de vigilancia del talego sustraído.

V. — Decisión del recurso

La Corte, para decidir el recurso, tiene en cuenta las siguientes normas del estatuto procesal penal:

a) El artículo 431 (numeral 3º), según el cual la parte motiva del auto de proceder debe contener "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen";

b) El mismo artículo 431, último inciso, según el cual "la parte resolutiva de dicho auto debe contener, como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinado por la denominación que le dé el Código Penal, sin señalar dentro del género de delito la especie a que pertenezca";

c) El artículo 198 (numeral 8º), según el cual "es causa de nulidad en los procesos penales, el haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción";

d) El artículo 567 (numeral 4º), según el cual "hay lugar a casación cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", y

e) El artículo 570 (ordinal b), según el cual, "si la Corte aceptare como justificada la causal cuarta, devolverá el proceso, por conducto del Tribunal de origen, para que se dicte la sentencia o se reponga el procedimiento".

Comprobada como está la inexistencia del mencionado elemento, se concluye que los falladores de instancia enjuiciaron y condenaron a Obando por un delito distinto al que en realidad cometió, error que — al atacar en su base una de las más importantes garantías del procesado — la ley erige en causal de nulidad, y no sólo lo faculta para alegarla dentro de las instancias sino que también la incluye entre los motivos que, por violación de las normas procesales, fundan el recurso ante la Corte, y aún más, no es siquiera subsanable mediante los modos tácitos — la intervención posterior, por ejemplo — que esa misma ley prescribe en el caso de otras nulidades.

La causal cuarta alegada, por lo expuesto, se ha fundado y se debe reponer el procedimiento.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia — 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,

R e s u e l v e :

a) Invalidar, como invalida, la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del 1º de septiembre del año pasado, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, y por la cual se condenó a Horacio Obando, a la pena de tres años de prisión, por el delito de robo;

b) Declarar nulo este proceso, como en efecto lo declara, desde el auto de proceder inclusive, de fecha 20 de octubre de 1942, en adelante, y

c) Devolver este proceso al Juzgado Segundo del Circuito Penal de Pasto, por conducto del Tribunal Superior del Distrito del mismo nombre, para que se reponga el procedimiento.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. Jorge Gutiérrez Gómez (Conjuez). — **Julio E. Argüello,** Secretario.

NULIDAD EN EL PROCESO PENAL.—HOMICIDIO INTENCIONAL AGRAVADO.—LEGITIMA DEFENSA.—EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA.—VEREDICTO CONTRADICTORIO

1.—En el caso del proceso la audiencia pública se hizo por dos veces aplicando disposiciones derogadas por el Código de Procedimiento Penal, en vez de regirse el acto por los preceptos de la ley 4ª de 1943 que ya se hallaba vigente, lo que induce nulidad; pero esa nulidad no puede decretarse sino cuando ella es alegada previamente en las instancias del juicio, bien por el reconocimiento explícito que haga el fallador, o por la invocación que de ella haga el procesado o el defensor. Pero finalizado el proceso en virtud de sentencia definitiva, sin que las partes hubieran alegado en la debida oportunidad la existencia de esa nulidad o la que se deduce del principio constitucional, de que en materia criminal se aplica la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, la Corte —en casación— no puede declarar la existencia de esa nulidad porque ello equivaldría a dar vida a procesos ya terminados.

La aplicación del principio de la ley permisiva o favorable en el tránsito de una legislación a otra no puede sujetarse a las consecuencias del fallo, sino al ejercicio del derecho dentro de los trámites de la ley. Esa oportunidad se presenta cuando el juez, en presencia de la nueva ley, aprecia que objetivamente es más favorable a las pretensiones del procesado, o cuando éste o su defensor estiman que la nueva reglamentación encarna mejores medios defensivos para sus intereses. Pero en esta hipótesis la invocación de ese derecho debe hacerse antes de verificarse la audiencia o en los momentos en que se desarrolla ésta, pero de ninguna manera después de dictada la sentencia de segundo grado. Fuera de estos casos su omisión no engendra nulidad que pueda ser invocada dentro del recurso extraordinario de casación.

2.—Para estructurar la figura del homicidio en la categoría de los artículos 362 y 363 del Código Penal es indispensable la concurrencia de estos elementos: propósito de matar, o sea el factor intencional o dolo específico de causar la muerte a determinada persona, y relación de causalidad entre el acto llevado a cabo por el homicida y el efecto producido con motivo de su acción injurídica que destruye la vida. En nuestra legislación el homicidio agravado o calificado se llama asesinato, en atención a que se halla revestido de modalidades graves que se refieren, tanto a las circunstancias objetivas como también a las subjetivas del delito. Las primeras se relacionan únicamente con los medios y factores externos dentro de los cuales se puede ejecutar el hecho material; las segundas son índices avaluadores de la intención y potencialidad ofensiva de la persona que ejecuta el hecho; y por esto la ley reprime con mayor severidad el homicidio agravado.

Si el hecho se consumó en las condiciones determinadas por el artículo 25 del C. P., que contempla las causas de justificación, no se puede sostener jurídicamente la existencia de un hecho punible, porque las circunstancias que justifican el acto no engendran en ningún caso violación de la ley penal sustantiva. Pero si a pesar de cumplirse los hechos al amparo de la disposición citada se excede el agente activo del delito de los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad de defenderse contra la agresión inopinada e injusta, actual o inminente, que implique peligro en el aplazamiento de la defensa o conlleve las consecuencias de un daño irreparable, la ley reprime el exceso en la legítima defensa, en virtud de la disposición del artículo 27 de la obra citada. La legítima defensa (artículo 25 C. P.), como el exceso de ella (artículo 27), excluyen la existencia del dolo, bien sea éste general

o específico. En la primera, el acto se realiza como ejercicio de un derecho que para su efectividad supone indispensablemente el uso de la fuerza; y en la segunda, aunque el acto presupone el ejercicio de un derecho legítimo, la defensa excede en la protección del mismo. En estos casos no puede hablarse de la concurrencia del dolo, pues de existir, el hecho generaría un delito común y no tendría cabida la legítima defensa, porque lo uno excluye lo otro. Si el delito intencional necesariamente lleva en sí la existencia del dolo, la noción que se contrapone al delito es la de la justificación del hecho; estos dos conceptos (delito y justificación) no pueden coexistir respecto de un mismo acto. De manera que el veredicto que afirme a la vez estos dos factores es contradictorio, porque hay imposibilidad lógica y jurídica para conciliar las dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra.

3.—El juzgado como el Tribunal sólo tienen derecho para rechazar el primer veredicto por una sola vez cuando él es contrario a la evidencia de los hechos procesales. Pero dentro de sus atribuciones no está la de rechazarlo cuando es contradictorio; esta facultad es privativa de la Corte —dentro del recurso de casación— cuando la sentencia es acusada por la causal 7ª del artículo 567 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Por sentencia de fecha seis de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó a Israel Henao Montes a la pena de tres años y cuatro meses de presidio, por el delito de homicidio agotado en la persona de Ramón Arias Gutiérrez.

Contra esa providencia, el Agente del Ministerio Público, en memorial de julio veinticuatro del año citado, interpuso recurso de casación, que fue sustentado por el señor Procurador Delegado en lo Penal. Cumplidos los trámites procesales, se procede al estudio de la demanda.

Hechos:

El 7 de junio de 1942, Israel Henao libaba cerveza en el establecimiento denominado "Luces de Buenos Aires". Instantes después, llegó a dicho lugar Ramón Arias Gutiérrez, (Cabo del Ejército), acompañado de un soldado y dos civiles; éstos tomaron sus respectivos asientos y pidieron cerveza. Cuando esto ocurría, Henao bailaba con Soledad Calle, y al terminar la pieza la obsequiaba con bebida. Sin mediar insinuación alguna, Soledad Calle ocupó puesto en la mesa donde departían Arias y sus compañeros, dedicándose a bailar varias piezas con éste. Posteriormente, Arias en voz alta dijo que tocaran un disco; a lo cual Henao contestó que tocaran otro, y acercándose a la mesa de Arias le dijo algunas palabras que no fueron oídas por los demás, a lo cual replicó éste que "él hacía respetar a la mujer que se hallaba con él" y le dio a Henao una palmada en la cara e inmediatamente sacó una puñaleta. Ante este ataque, Henao guardó una actitud pasiva y después de conversar brevemente con el cantinero Cristóbal Parra, salió del establecimiento, volviendo instantes después a dicho lugar, y sorpresivamente atacó por la espalda a Ramón Arias, causándole una lesión que le produjo casi instantáneamente la muerte.

Con fecha treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, el Juzgado llamó a responder en juicio criminal a Israel Henao, por un delito de homicidio. En la parte motiva de su providencia, expresó: "hubo asesinato porque Henao aprovechó la circunstancia de estar desprevenida la víctima y alevosamente la ultimó".

Fundándose en este auto y en las pruebas allegadas a la causa, el Juzgado formuló un cuestionario compuesto de tres preguntas: la primera, referente al hecho material; la segunda, al propósito, y la tercera sobre calificación del homicidio con la aceptación de asesinato.

La defensa pidió se adicionara el cuestionario con cinco preguntas más, referentes, la cuarta al estado de legítima defensa y de la integridad personal; la quinta, a la defensa del honor; la sexta, al exceso en la legítima defensa; la séptima, al estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, y la octava, sobre homicidio preterintencional. Los miembros del Jurado contestaron afirmativamente la primera, segunda y séptima preguntas del cuestionario y negaron las otras. El Juzgado condenó a Henao a sufrir la pena de tres años de presidio.

Consultada la sentencia, el Tribunal la revocó, por encontrar el veredicto de los jueces de conciencia contrario a la evidencia de los hechos procesales y ordenó convocar nuevo Jurado. Este afirmó las preguntas primera, segunda, tercera, sexta y séptima, y negó las restantes; es decir, dijo que el delito imputado era un homicidio causado con el propósito de matar; que revestía las características de un asesinato; que el hecho se cometió en legítima defensa, pero que hubo exceso en ella, y que se perpetró en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación.

Siendo obligatorio y definitivo para los jueces de instancia la aceptación del segundo veredicto (artículo 537 del Código de Procedimiento Penal), el Juzgado buscó la forma de interpretarlo y dictó sentencia —no sin expresar que él era contradictorio— condenando a Hénao a la pena de veintiún meses de presidio, sentencia que reformó el Tribunal en el sentido de aumentar dicha pena a tres años y cuatro meses de presidio, y contra esta providencia se interpuso recurso de casación.

Demanda

El recurso de casación fue sustentado por el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien formula la respectiva demanda e invoca como causales las de los numerales 1º, 4º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal e indica la cuarta como principal y las otras como subsidiarias.

Causal cuarta:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Como hechos constitutivos de la nulidad invocada, dice que los cuestionarios se formularon con sujeción al artículo 498 y siguientes de la obra citada, y que las actuaciones se rigieron bajo esas mismas normas; que como la ley 4ª de 1943 entró a regir el 27 de febrero de ese año, con anterioridad a la fecha de las audiencias, debió aplicarse esa ley y no las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

"Alega la Procuraduría una nulidad de las llamadas sustanciales de acuerdo con el artículo 22 de la Carta, puesto que aquí se hizo por dos veces la audiencia pública aplicando disposiciones derogadas del Código de Procedimiento Penal, siendo así que ese acto trascendental del proceso debía regirse entonces por los preceptos de la Ley 4ª de 1943 que ya se hallaba vigente".

Se considera:

En sentencia de trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, al estudiar las normas que deben tenerse en cuenta en la aplicación de la Ley 4ª de 1943, la Corte dijo:

"La ley procedimental, cuando no contiene preceptos de orden sustantivo, sino de mera formalidad, de apreciación objetiva o externa, es de aplicación inmediata.

"La finalidad de la ley procesal radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto por medio de ella se trata de garantizar la represión de un delito con la imposición de una pena. Si la nueva ley no agrava las condiciones del acusado, disminuyendo los medios de defensa, sino al contrario, los amplía, o aumenta las probabilidades de éxito con relación a ésta, la ley procedimental, en su ejercicio y aplicación, es de orden imperativo e inmediato.

"Si la ley de procedimiento encarna preceptos destinados a conducir el juicio por normas procesales más adecuadas hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, o si ella contempla formalidades no de esencia, sino de procedimiento, de apreciación objetiva por parte del juzgador, la ley es también de aplicación inmediata. Este criterio tiene respaldo en lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 53 de 1887, que dice: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

"Conforme a esta disposición, cuando la nueva ley procedimental entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la **sustanciación y ritualidad** de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin menoscabar los sistemas defensivos del procesado, ya que éstos son postulados supremos de justicia penal, por los cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado.

"Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales an-

teriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría, en perjuicio de éste.

"La Ley 4ª de 1943, en su artículos 27, 28 y 29, contiene preceptos sustantivos y adjetivos Los segundos, que son de aplicación inmediata, se pueden valorar objetivamente por el juzgador, deduciendo el concepto o la calidad de favorables, de la comparación de estas normas con las del Código de Procedimiento Penal. Nadie puede dudar que la fórmula del juramento que trae el artículo 27, como la facultad otorgada a los miembros del jurado respecto a la explicación de su veredicto, y el restablecimiento de la deliberación colectiva acerca de las respuestas de los cuestionarios, son medidas de carácter procedimental formal que, apreciadas objetivamente, favorecen la defensa del procesado. Por consiguiente, esas normas son de aplicación inmediata en los juicios penales.

"Estas disposiciones, en su aplicación, no se oponen a la excepción consagrada por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que dice: "Los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". En el caso de estudio, no se contempla la existencia de dos actuaciones ya iniciadas, o que se contraponen entre sí, porque no existen. En efecto: el auto que formula los cuestionarios es distinto de la diligencia de audiencia, aunque entre estas dos actuaciones exista cierta relación de subordinación. El primero es una providencia de atribución exclusiva del juzgador, y la segunda es un acto que preside el juez, con anuencia del jurado que pronuncia el veredicto y de las partes que intervienen en el proceso.

"Si entre el auto que formula los cuestionarios y la diligencia de audiencia existen diferencias sustanciales, no sólo en la forma, sino en en cuanto al contenido intrínseco, es lógico concluir que no se trata de actuación o diligencia pendiente de un acto que implique continuidad en sus formas. De aceptar la generalización del concepto, se haría imposible la aplicación de toda nueva ley procedimental, aunque ésta contemple mejores medios defensivos para los intereses del procesado.

"La aplicación de los preceptos de la ley 4ª de 1943 en los procesos penales, no puede llevarse a efecto sobre cuestionarios formulados de conformidad con los artículos 497, 498 y 503 del Código de Procedimiento Penal, porque este sistema rompe la unidad procesal, dando lugar a involucrar dos leyes distintas, para deducir una conclusión favorable al reo, que no proviene ni de la aplicación de la Ley 4ª de 1943, ni de la Ley 94 de 1938. (C. de P. P.).

"Cuando la ley procedimental contiene preceptos de carácter sustantivo, su aplicación está subordinada al principio de que "En materia criminal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior al acto que se impute, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"La afirmación anterior se respalda en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional, que abarca no solamente a la ley penal sustantiva sino también a la adjetiva o formal, cuando ella contiene preceptos de orden sustantivo. El alcance de este mandato fue fijado por la Corte, en estos términos:

"Dadas las profundas vinculaciones entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal procesal, no es arbitrario suponer que el constituyente empleó aquí la locución "en materia criminal" en su amplio sentido, dándole a la regla la flexibilidad necesaria para la solución de los problemas complejos a que da lugar el cambio de leyes que, sin ser penales, de su aplicación adecuada puede depender la imposición de la pena o su atenuación. No es exactamente lo mismo decir "ley penal permisiva o favorable" que "ley permisiva o favorable en materia criminal". El primer concepto es de suyo limitado. En el segundo caben, sin impropiedad, tanto las leyes estrictamente penales, que definen los delitos y establecen las penas, como las que reglamentan la jurisdicción y el procedimiento en materia penal o criminal.

"Mas si el tenor literal del texto ofreciere alguna incertidumbre, la explicación de su contenido viene a disiparla.

"Dicha regla tiene por objeto atenuar la rigidez del viejo principio de irretroactividad de la ley penal. Las razones de justicia en que esto se funda concurren con igual evidencia respecto de las normas procesales nuevas cuya aplicación en los procesos iniciados bajo el procedimiento anterior modifican sustancialmente la relación jurídica establecida en el momento de la comisión del hecho, entre el acusado y el poder que lo juzga.

"La cuestión del deslinde entre el derecho pe-

nal sustantivo y el derecho penal formal, para los efectos de la aplicación de los principios de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad benigna de la misma, no ha sido claramente definida por el derecho científico; y en cuanto a las legislaciones positivas, tampoco contienen fórmulas de universal aceptación.

"Desde luego, todos los autores coinciden en que el acusado carece de derechos adquiridos ante el proceso, pues las leyes que lo regulan pertenecen al orden público y son, por tanto, de aplicación inmediata. Sin embargo, admiten como criterio directivo en el procedimiento, la restricción de los efectos de la ley nueva, a fin de no hacer más gravosa la situación del individuo **sub-judice.**

"El principio constitucional del artículo 22 (26 de la nueva Codificación) fue invocado por el recurrente como fundamento de la causal cuarta, cuando dice: "Desde luego tengo que afirmar que es más favorable el procedimiento de la ley 4ª de 1943 a mi defendido para los efectos del inciso 2º del artículo 22 de la Constitución Nacional".

"Los legisladores de 1938 consignaron este principio en el artículo 5º de la ley 94 de ese año (C. de P. P.), para que se lo tuviera en cuenta como precepto aplicable cuando se plantee el caso y no como simple disposición de contenido muerto y sin vigor dentro de los procesos penales. Su vigencia y aplicación obedece a necesidades de orden público, pero su actuación en el proceso se subordina al criterio de ser favorable, criterio que debe ser invocado por el sindicado o por el defensor, cuando su apreciación sea de carácter subjetivo.

"En este proceso no se tuvo en cuenta el precepto constitucional del artículo 22 (26 de la nueva codificación) sobre aplicación, en materia criminal, de la ley más favorable, en relación con las normas de la ley 4ª de 1943, por la razón que expresa el Juzgado, cuando dice:

"La Ley 4ª de febrero 27 de 1943, sólo fue publicada en el Diario Oficial LXXVIII, Nº 25187, editado en Bogotá el seis de marzo siguiente y conocida en esta ciudad, por falta de remisión oportuna del Diario, únicamente en este mes de abril cuando por propia iniciativa este Juzgado pudo conseguir un número del mencionado periódico oficial.

"Esta circunstancia no justifica en ningún caso la no aplicación del precepto constitucional. El desconocimiento de la ley, cuando ya estaba en vigencia, impidió al procesado y a su defensor la invocación del principio de la ley más favorable en materia penal, consagrado en nuestra carta, restringiendo de esta manera las garantías procesales a las cuales tenían derecho, y afectando el proceso, por tal motivo, de nulidad sustancial, bien sea por no haberse aplicado el principio del inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional, invocado por el recurrente, ya también por no haberse juzgado al procesado con las formalidades propias del juicio, de conformidad con el inciso primero del precepto citado..."

Los razonamientos anteriores sirven de premisas para deducir la existencia de la nulidad constitucional invocada por la Procuraduría; pero esa nulidad no puede decretarse sino cuando ella es alegada previamente en las instancias de juicio, bien por el reconocimiento explícito que haga el fallador, o por la invocación que de ella haga el procesado o el defensor. Pero finalizado el proceso en virtud de sentencia definitiva, sin que las partes hubieran alegado en la debida oportunidad la existencia de esa nulidad, o la que se deduce del principio constitucional, de que en materia criminal se aplica la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, la Corte —en casación— no puede declarar la existencia de esa nulidad, porque ello equivaldría a dar vida a procesos ya terminados.

La aplicación del principio de la ley permisiva o favorable en el tránsito de una legislación a otra, no puede sujetarse a las consecuencias del fallo, sino al ejercicio del derecho dentro de los trámites de la ley. Esa oportunidad se presenta cuando el juez, en presencia de la nueva ley, aprecia que objetivamente es más favorable a las pretensiones del procesado, o cuando éste o su defensor estiman que la nueva reglamentación encarna mejores medios defensivos para sus intereses. Pero en esta hipótesis, la invocación de ese derecho debe hacerse antes de verificarse la audiencia o en los momentos en que se desarrolla ésta, pero de ninguna manera después de dictada la sentencia de segundo grado. Fuera de estos casos, su omisión no engendra nulidad, que pueda ser invocada dentro del recurso extraordinario de casación.

Por estos motivos, la causal invocada no prospera.

CAUSAL SEPTIMA

"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

La Procuraduría, al referirse a esta causal, dice:

"De los ocho cuestionarios que le fueron sometidos al Jurado, éste contestó afirmativamente cinco, y negativamente los tres restantes. De acuerdo con la decisión de los jueces de conciencia, la situación jurídica asignada al acusado es la siguiente: es responsable del delito de asesinato en un caso de exceso en la legítima defensa y movido por un estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación".

"Tanto el Juzgado como el Tribunal y su Fiscal colaborador reconocen que el veredicto es contradictorio, y esa es la verdad".

"La contradicción es palmaria, indubitable, puesto que el Jurado ha predicado de un mismo delito dos situaciones jurídicas que no pueden coexistir, que se destruyen recíprocamente: el asesinato y el exceso de legítima defensa".

Las razones expuestas por el Agente del Ministerio Público son lógicas y jurídicas.

El hecho que se imputa a Henao fue calificado por el Juzgado como homicidio intencional agravado, por haberse agotado el acto en alguna de las circunstancias previstas en los numerales 1º a 9º del artículo 363 del Código Penal, en relación con el artículo 362 de la misma obra.

Para estructurar la figura del homicidio en la categoría de las disposiciones citadas, es indispensable la concurrencia de estos elementos: propósito de matar, o sea el factor intencional o dolo específico de causar la muerte a determinada persona, y relación de causalidad entre el acto llevado a cabo por el homicida y el efecto producido con motivo de su acción injurídica que destruye la vida.

En nuestra legislación, el homicidio agravado o calificado se llama asesinato, en atención a que se halla revestido de modalidades graves que se refieren, tanto a las circunstancias objetivas, como también a las subjetivas del delito. Las primeras, se relacionan únicamente con los medios y factores externos dentro de los cuales se puede ejecutar el hecho material; las segundas, son índices avaluadores de la intención y potencialidad ofensiva de la persona que ejecuta el hecho; y por esto, la ley reprime con mayor severidad el homicidio agravado.

"El asesinato —dice la Procuraduría— constituye un homicidio llevado a término con los más altos caracteres de gravedad, por las circunstancias subjetivas y objetivas que le acompañan, de tal suerte que el delincuente exhibe en ese ilícito una marcada cobardía y una extrema peligrosidad social. En tal figura el responsable obra en forma totalmente antijurídica. El homicidio-asesinato representa, pues, el más alto grado de responsabilidad para su autor y es la infracción más grave contra las personas; el dolo que es el delito que lleva ese máximo, porque generalmente está presidido de una ponderada preparación".

El veredicto del Jurado afirma la existencia del hecho material, que se realizó con el propósito de matar y que se ejecutó en circunstancias que pusieron a la víctima en "condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza y la alevosía"; es decir, reconoce expresamente los elementos constitutivos de la figura del homicidio agravado —asesinato—, y al hacer esta afirmación confirma la existencia de un dolo especial y reconoce que el procesado revela una peligrosidad en grado máximo. De allí que el veredicto sea contradictorio cuando, posteriormente a estas declaraciones, dice que el hecho realizado por Henao fue para defenderse de una agresión actual e injusta contra su persona o su honor, pero excediéndose en los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad.

Si el hecho se consumó en las condiciones determinadas por el artículo 25 del Código Penal, que contempla las causas de justificación, jurídicamente no se puede sostener la existencia de un hecho punible, porque las circunstancias que justifican el acto no engendran en ningún caso violación de la ley penal sustantiva. Pero si a pesar de cumplirse los hechos al amparo de la disposición citada, se excede el agente activo del delito de los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad de defenderse contra la agresión inopinada e injusta, actual o inminente, que implique peligro en el aplazamiento de la defensa y conlleve las consecuencias de un daño irreparable, la ley reprime el exceso en la legítima defensa, en virtud de la disposición del artículo 27 de la obra citada.

La legítima defensa (artículo 25 del C. P.), como el exceso de ella (artículo 27), excluyen la existencia del dolo, bien sea éste general o específico. En la primera, el acto se realiza como ejercicio de un derecho que para su efectividad supone indispensablemente el uso de la fuerza; y en la segunda, aunque el acto presupone el ejercicio de un derecho legítimo, la defensa excede en la protección del mismo. En estos casos no

puede hablarse de la concurrencia de dolo, pues de existir, el hecho generaría un delito común y no tendría cabida la legítima defensa, porque lo uno excluye a lo otro.

Si el delito intencional necesariamente lleva en sí la existencia del dolo, la noción que se contrapone al delito es la de justificación del hecho; estos dos conceptos (delito y justificación) no pueden coexistir respecto de un mismo acto. De manera que el veredicto que afirme a la vez estos dos factores es contradictorio, porque hay imposibilidad lógica y jurídica para conciliar las dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra.

Para el caso **sub-judice,** el veredicto que afirma que Israel Henao es responsable de un homicidio —asesinato— y que ese hecho fue cometido en legítima defensa, pero excediéndose en los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, es **contradictorio.** Al responder los jueces de conciencia que el hecho es constitutivo de un delito, la declaración sobre justificación del mismo no puede subsistir frente a la primera afirmación, porque simultáneamente no pueden coexistir estos dos principios (delito y justificación) respecto de un mismo acto; y la sentencia que tiene como fundamento inmediato un veredicto de esta naturaleza, es vulnerable, por la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En esta causal se critica la forma como el Tribunal aplicó el precepto contenido en el artículo 537 del Código citado, cuando establece que "el veredicto del segundo jurado es definitivo".

La aplicación de esta disposición, según la Procuraduría, sólo es pertinente "siempre y cuando se trate de un veredicto en sentido estricto, no cuando éste se halla minado de contradicción y se destruye por sí mismo, pues en tal evento, no hay propiamente veredicto que deba respetarse". Y más adelante expone: "El carácter de definitivo de un segundo veredicto sólo puede tenerlo un segundo veredicto. Pero jamás podría darse por aceptado que un veredicto que se destruye por sí mismo, sea veredicto". Y al terminar, dice:

"En desarrollo de esta creencia, piensa este Despacho que no existiendo ni primero ni segundo veredicto, por no reputarse como tales el laberinto creado por los jueces de conciencia, no hay inconveniente legal para la reunión de un nuevo cuerpo de Jurados que profiera una decisión que permita un fallo en derecho. Este es el único camino para desatar la dificultad que se contempla de no disponer de un veredicto que dé base para aplicar, en sentencia judicial, la ley penal. Cualquier fallo que se profiera aceptando unas respuestas y rechazando otras, resultaría arbitrario y caprichoso".

Los conceptos expuestos por el Agente del Ministerio Público serán aceptables si la ley hubiera consagrado expresamente ese derecho. El veredicto pronunciado por el segundo Jurado es definitivo y obligatorio para los juzgadores de primera instancia, sea contradictorio o no. El Juzgado como el Tribunal sólo tienen derecho para rechazar el primer veredicto por una sola vez cuando él es contrario a la evidencia de los hechos procesales. Pero dentro de sus atribuciones no está la de rechazarlo cuando él es contradictorio; esta facultad es privativa de la Corte —dentro del recurso de casación— cuando la sentencia es acusada por la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La ley no autoriza a los juzgadores de instancia para convocar un tercer Jurado, porque al interpretar sus respuestas las encuentre contradictorias entre sí. Objetivamente, el segundo veredicto existe y la función de intérprete radica en aplicar la ley de acuerdo con las respuestas de los jueces de conciencia.

Demostrado que la sentencia se dictó con fundamento en un veredicto contradictorio, la causal invocada por el Procurador Delegado en lo Penal prospera y se prescinde de hacer un estudio especial de la causal primera, para dar aplicación al artículo 538 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el señor Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha seis de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, por la cual se impuso a Israel Henao la pena de tres años y cuatro meses de presidio, como responsable de la muerte de Ramón Arias Gutiérrez, y en su lugar ordena se convoque, sortee y reuna un nuevo Jurado a cuya consideración se someterán los cuestionarios que se elaboren de acuerdo con la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.—TECNICA DE CASACION EN MATERIA PENAL.—CAUSAL PRIMERA.—CAUSAL SEGUNDA.

1. — Un juicio penal no puede calificarse de inválido porque simplemente se crea que debió declararse irresponsable al procesado, bien por falta de elementos de convicción o porque el ilícito no tuvo existencia jurídica. Para un caso semejante la ley señala otro camino y le dice a quien está autorizado para formular su reclamo cuál es la causal que debe proponer.

Cuando en un proceso se ha apreciado erróneamente un hecho, como por ejemplo, cuando se ha tomado como delito un fenómeno que no tiene ese carácter, el numeral 2º del artículo 567 de la ley 94 de 1938 permite hacer una demostración de ese error al fundar el recurso extraordinario de que aquí se trata, con tal que la acusación no se refiera a un juicio en que ha intervenido el jurado. Pero el hecho de haberse aducido equivocadamente una causal no lo estima la Corte como razón suficiente para no analizar la demanda, en cuanto ella brinde la oportunidad de hacerlo. Porque la deficiencia no consiste, según doctrina más o menos benévola que la Sala ha venido aplicando, en involucrar los fundamentos al aludir a las disposiciones que regulan el recurso, sino más bien en no ofrecer ninguno. Aun cuando, de acuerdo con la naturaleza de él, sí podría exigirse un poco más de rigor del que la Corte ha usado hasta ahora. Rigor en el sentido de precisión o de exactitud, y no de dureza o acrimonia. De practicarse con el celo que parece propio del estudio de un recurso de casación, bastaría que los argumentos del demandante no armonizaran con la causal propuesta, no se ajustaran a sus precisos términos, para considerar que no había demanda, por más qre esos argumentos estuvieran acordes con otra no citada. Pero tal no ha sido el criterio de la Sala, no obstante que aquella exigencia resulta la más aconsejable.

2. — La causal 1ª se refiere a aquellas sentencias en que se ha violado la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma. Casi siempre se acoge ella como consecuencial, y rara vez se la alega como principal, como por ejemplo, cuando se ha aplicado una disposición penal por otra, o cuando hay — por mala apreciación de las circunstancias del delito y de la personalidad del delincuente — exceso en la fijación de la pena. En los demás supuestos, el error en la sanción — que es el caso más claro y frecuente de aplicación indebida en la ley penal, — depende de diversas causas previstas como motivos de casación, las cuales repercuten en la causal 1ª o se reflejan en ella.

3. — El delito de abuso de confianza no siempre está configurado por la apropiación que es, eso sí, su caso más típico. También se incurre en él por uso indebido de la cosa puesta en manos del infractor. La apropiación puede ser un hecho real o una ficción, como quien dice, que la circunstancia de retener vale como acto indebido de dominio sobre lo ajeno. Y cuando se trata de un depositario judicial, basta la renuencia a la orden del Juez que confió la guarda del bien en litigio, para que el renuente a presentarlo o custodiarlo incurra en el delito de abuso de confianza, si por otros medios se comprueba que no se trata nada más que de un desobedecimiento, lo que es una falta aparte del hecho mismo, sino de un abuso de los deberes de guardián en perjuicio de intereses por cuya legitimidad vela el Juez. Por otra parte, la facultad de disponer no envuelve el ejercicio del derecho de propiedad. El mandatario, por ejemplo, puede disponer de la cosa, si está autorizado para ello por los términos del mandato, con tal que esa facultad de disponibilidad sea inherente a la función administrativa y no se ejercite en su propio beneficio, es decir, a condición de que entregue el fruto del objeto que vendió o transformó en otro valor.

4. — La Sala adoptó ya, por mayoría, la tesis de que la causal 2ª es impertinente en aquellos procesos en los cuales fueron jueces de hecho quienes, por medios ajenos a las reglas legales y atendiendo nada más que a su leal saber y entender, decidieron de la responsabilidad del delincuente, no correspondiendo al Juez de la causa nada más que ajustar el ve-

redicto — si lo admite — al texto legal respectivo. Y esa tesis es hoy doctrina firme, pues además de haber sido acogida por todos los Magistrados que componen la Sala de Casación Penal de la Corte, se ha aplicado repetidamente en muchos fallos dictados por ella. Y es que esta causal toca muchos puntos que son de la libre apreciación del jurado. Y si hubiera que desconocer la validez de un fallo que descansa en el veredicto, se presentaría este dilema: o se declara que él está en pugna con lo que el proceso presenta como evidente, y entonces habría que convocar nuevo jurado, o se absuelve al infractor. En la primera hipótesis se estaría reviviendo una causal abolida (la injusticia notoria), que es medida que el Juez puede tomar en las instancias (veredicto contrario a la evidencia de los hechos); pero que resulta inoportuna después de terminado el proceso. Y en el segundo término de la proposición se haría irrita la función del jurado y se fallaría con un criterio que no es el fijado para la decisión de aquellos casos que la misma ley estableció y que no debe ser precisamente el criterio jurídico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre tres de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Tiene a su estudio la Sala la demanda de casación presentada por el señor defensor de Teófilo Butrabi para sostener el recurso interpuesto contra la sentencia del trece de junio del año en curso, del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se condenó a aquel procesado a la sanción principal de dos años y tres meses de prisión, como responsable del delito de abuso de confianza.

El fallo impugnado es el desarrollo y la consecuencia del veredicto del Tribunal popular, el que después de la deliberación en la audiencia pública del veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, contestó afirmativamente la siguiente pregunta formulada por el señor Juez Segundo Superior de Bogotá:

"¿El acusado, señor Toufic Salaman Abou Tarabay o Teófilo Butrabi, es responsable de haberse apropiado en provecho suyo o de tercera persona, mercancías cuyo valor era mayor de mil pesos y no menor de diez mil, que le fueron entregadas en secuestro por el señor Juez Segundo Municipal de Bogotá, en el juicio ejecutivo seguido ante ese despacho por el señor Namen Bassil contra la sociedad Butrabi Yunes & Cía., hecho ocurrido en la ciudad de Bogotá, desde mediados del año de mil novecientos treinta y nueve hasta el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y dos"?

Como la pregunta anterior que el jurado absolvió con un "sí" sin adición alguna, resume el hecho atribuído al imputado, no es necesario hacer una minuciosa relación del mismo, pues allí está indicado, de acuerdo con las constancias procesales, que a Teófilo Butrabi le entregó un funcionario judicial bienes embargados en un juicio ejecutivo, en calidad de secuestre o depositario, y que al serle reclamados por el mismo Juez, Butrabi se negó a restituírlos.

Conviene sí aclarar que aun cuando los bienes — consistentes en mercancías — estaban avaluados en la cantidad de $ 8.064.61, no fue ese el total deducido en el proceso penal, pero sí una suma mayor de $ 1.000.00, cuantía que le dio la competencia al Juez Superior para conocer de tal delito.

Demanda

Las causales que ha invocado el demandante, doctor Marino López Lucas, son la 1ª y la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para fundarlas — conjuntamente — ha elaborado un extenso escrito dedicado, casi en su totalidad, a sostener estos puntos: a) que no debió iniciarse la acción penal, puesto que había que esperar el resultado de la rendición de cuentas del secuestre-interventor; b) que el cuerpo del delito de abuso de confianza no se estableció; y c) que no hubo apropiación de cosa mueble ajena, que es la esencia del delito de abuso de confianza.

Observaciones a la demanda

Como se ve, el abogado impugnador no ha procedido lógicamente en su crítica al fallo, pues al menos una de las causales aparece completamente ajena a los motivos expuestos como base del recurso. Esta causal es la 4ª, que dice así:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Un juicio penal no puede calificarse de inválido porque simplemente se crea que debió declararse irresponsable al procesado, bien por falta de elemen-

tos de convicción o porque el ilícito no tuvo existencia jurídica.

Para un caso semejante, la Ley señala otro camino y le dice a quien está autorizado para formular su reclamo cuál es la causal que debe proponer.

Cuando en un proceso se ha apreciado erradamente un hecho, como por ejemplo, cuando se ha tomado como delito un fenómeno que no tiene ese carácter, el numeral 2º del artículo 567 de la Ley 94 de 1938 permite hacer una demostración de ese error al fundar el recurso extraordinario de que aquí se trata, con tal de que la acusación no se refiera a un juicio en que ha intervenido el jurado.

Pero el hecho de haberse aducido equivocadamente una causal, no lo estima la Corte como razón suficiente para no analizar la demanda, en cuanto ella brinde la oportunidad de hacerlo. Porque la deficiencia no consiste, según doctrina más o menos benévola que esta Sala ha venido aplicando, en involucrar los fundamentos al aludir a las disposiciones que regulan el recurso, sino más bien en no ofrecer ninguno.

Aun cuando, de acuerdo con la naturaleza de él, sí podría exigirse un poco de más rigor del que la Corte ha usado hasta ahora.. Rigor, en el sentido de precisión o de exactitud, y no de dureza o acrimonia.

De practicarse con el celo que parece propio del estudio de un recurso de casación, bastaría que los argumentos del demandante no armonizaran con la causal propuesta, no se ajustaran a sus precisos términos, para considerar que no había demanda, por más que esos argumentos estuvieran acordes con otra no citada.

Pero tal no ha sido el criterio de esta Sala, no obstante que aquella exigencia resulta la más aconsejable. Y por eso se va a examinar el escrito de acusación, interpretando, como lo hace el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien ha pedido que no se invalide la sentencia, que la causal que se quiso invocar por el doctor Marino López Lucas es la segunda y nó la cuarta.

La otra causal es la 1ª, que se refiere a aquellas sentencias en que se ha violado la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Casi siempre se acoge ella como consecuencial, y rara vez se le alega como principal, como por ejemplo, cuando se ha aplicado una disposición penal por otra, o cuando hay — por mala apreciación de las circunstancias del delito y de la personalidad del delincuente — exceso en la fijación de la pena.

En los demás supuestos, el error en la sanción — que es el caso más claro y frecuente de aplicación indebida en la ley penal — depende de diversas causas previstas como motivos de casación, las cuales repercuten en la causal 1ª o se reflejan en ella.

Y como esta causal no ha sido objeto de especial argumentación del demandante, ni se ha fundado en razón distinta de la expuesta para sostener la 2ª, no es pertinente examinarla por separado, pues su reconocimiento está condicionado a la validez que se le conceda a la otra.

Concepto del Agente del Ministerio Público

A pesar de que el señor Procurador Delegado en lo Penal ha manifestado que no es procedente la causal 2ª, porque el juicio en que los argumentos de ella se han hecho valer se ventiló con la intervención del jurado, sin embargo, más bien como una atención al esfuerzo y laboriosidad del autor del escrito de demanda, hace algunas consideraciones sobre el tema planteado.

Reproduce a continuación la Sala el concepto de su colaborador fiscal, no sólo porque la parte que pudiera llamarse narrativa está conforme con los datos del proceso, sino también porque las apreciaciones jurídicas expuestas coinciden con el parecer de la Sala.

"En la demanda, se sostiene lo siguiente:

"Cuando en un mandato civil como en el caso presente, un secuestre interventor con facultades y deberes amplios, se niega a hacer entrega de cosas depositadas, estimo que no puede considerársele jamás incurso en el delito de abuso de confianza, si antes no se ha practicado judicialmente, en el área civil, el juicio incidental de Rendición de Cuentas, habérsele determinado el alcance, con declaratoria judicial de mora.

"....

"'Así las cosas, parece evidente que mientras la responsabilidad del secuestre no se clasifique en el juicio de cuentas en que se englobe toda la actuación de Teófilo Butrabi, nadie puede afirmar sin una prejudicialidad inicual, que el sindicado se haya apropiado de algo o que haya hecho uso indebido de algo de lo secuestrado, pues dentro de las facultades de un gerente, como lo fue Butrabi, el cambio de objetos, las ventas de ellos y los resultados, en dinero o en efectos, del ejercicio de esas facultades, no pueden acarrear responsabilidad alguna al secuestre mientras no se sepa qué resultado final ha tenido el

negocio a él encomendado y después de estudiar todas las cuentas' ".

"Es decir, plantea con esto el señor apoderado un problema sobre cuestión prejudicial, o sea, que aquí no ha debido adelantarse el proceso penal y menos sentenciarse condenatoriamente al acusado, sin antes haberse surtido el juicio especial sobre rendición de cuentas concernientes al secuestro o depósito judicial, para saber cuál era la cantidad líquida que Butrabi debía entregar al Juez.

"El cargo podría prosperar con base en las causales invocadas. Pero ha de rechazarse, por lo siguiente:

"Dentro del juicio ejecutivo de Bassil contra Butrabi, Younes & Cía., a solicitud de parte interesada, se surtió el incidente de rendición de cuentas por parte del secuestre Teófilo Butrabi, de acuerdo con el artículo 296 del Código Judicial.

"La articulación fue fallada aceptando parte de las cuentas, y rechazando otras. Allí se ordenó que el secuestre Butrabi entregara inmediatamente la suma de $ 1.348.94 que se hallaba en su poder por concepto de ventas realizadas de las mercancías que tenía en depósito.

"Sobre este particular, dice el señor Juez Segundo Municipal, a cuyo conocimiento está el juicio civil en referencia:

" 'El señor Teófilo Butrabi, en su carácter de secuestre, rindió dos veces cuentas: la primera vez no le fueron aceptadas dichas cuentas, pues se las objetaron los doctores Rodríguez Díaz, Juan de Dios Ospitia y el apoderado de Rima y Kadamani y el Juzgado le ordenó al señor Teófilo Butrabi las rindiera nuevamente, teniendo en cuenta las observaciones que a ellas le fueron hechas. Volvió a rendirlas pero en forma que tampoco fueron aceptadas, toda vez que lo hizo sin tener en cuenta las objeciones formuladas, las cuales, en virtud de no haber sido contradichas, era necesario las tuviera en cuenta, por esta razón tampoco fueron aceptadas por el Juzgado y finalmente éste resolvió estudiarlas y por auto de fecha 13 de mayo del año retropróximo, que está ejecutoriado, se estableció que el secuestre señor Teófilo Butrabi tiene en su poder como saldo líquido de las ventas verificadas durante la vigencia de su interventoría, la suma de UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS, M|C. y para que los entregue se le ha requerido' ". (F. 117 del cuaderno principal).

"Además, está plenamente demostrado en el proceso que el Juez en lo Civil declaró separado a Butrabi del cargo de secuestre, por negligencia y abuso de sus funciones; que le ordenó suspender ventas y hacer una relación pormenorizada de las mercancías existentes en su poder, para efectos del remate; que le ordenó hacer entrega de las cosas depositadas, que lo declaró en mora de restituírlas, y que varias veces lo requirió para que las pusiera a disposición del Juzgado, todo con resultado negativo.

"Sólo el 27 de julio de 1942, Butrabi entregó "una colección de cacharrería vieja, deteriorada y sin valor alguno comercial", como dice el Juez en su auto de 28 del mismo julio. Ni el dinero reclamado, ni las mercancías que custodiaba Butrabi fueron restituídos. Y obsérvese que las especies que se le entregaron fueron avaluadas en la suma de $ 8.064.61.

"Por otra parte, el señor Juez Segundo Superior, antes de calificar el mérito del sumario y estimando que se encontraba "ante un caso típico de prejudicialidad civil en lo penal", en providencia de 30 de abril de 1942, dispuso suspender la decisión de fondo del proceso hasta por el término de tres meses, con el fin de obtener nuevos datos de la justicia civil sobre la conducta del secuestre Butrabi.

"Como resultado de ello, el señor Juez Segundo Municipal envió al Juez del conocimiento en lo criminal las copias referentes al último requerimiento hecho a Butrabi, a la diligencia de entrega que éste efectuó de algunos objetos; y al auto de veintiocho de julio de 1942, en que estudia dicha entrega y analiza la conducta del secuestre.

"En ese auto, que reviste especial importancia, se dice lo siguiente:

" 'El señor Teófilo Butrabi presentó a este Juzgado, dizque para dar cumplimiento a lo ordenado en el auto referido, una colección de cacharrería vieja, deteriorada y sin valor alguno comercial. Como semejante proceder, no solamente es una burla a la justicia sino un delito que nuestras disposiciones penales castigan, este Juzgado, aun cuando pudiera hacerlo, no impone la multa ni el arresto que como sanción se le anunció al referido Butrabi en el auto de 24 de los corrientes' ".

"..... .....

" 'De conformidad con lo ordenado en auto de fecha trece de mayo de 1941, el señor Butrabi debía de entregar, en esa fecha, mercancías por valor de más de cuatro mil pesos y la SUMA DE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS EN DINERO EFECTIVO. En esa fecha había cesado ya el cargo de interventor que primitivamente tuviera Teófilo Butrabi y en consecuencia no podía disponer de los dineros que en su poder estaban como producto de ventas primitivas. Tampoco podía disponer de las mercancías que se hallaban en su poder porque al cerrar el almacén, tenía la obligación, así se lo dijo

el Juzgado, de guardar intacto ese saldo de mercancías que aún quedaban en él. Posteriormente, Butrabi no podía sin autorización del Juzgado hacer venta ni inversión de dinero de ninguna naturaleza. A nadie se le ocurre cambiar mercancías de fácil venta y dinero efectivo por cacharro viejo sin valor alguno, mucho menos cuando esas mercancías y esos dineros pertenecen a un secuestro judicial' ". (Fs. 176 vta.)

"En consecuencia, el Juzgado resolvió "declarar, como al efecto declara, al señor Teófilo Butrabi en mora de entregar los dineros y mercancías que se le dejaron en calidad de secuestre en este juicio; y ordenar, como así se hace, de que a la mayor brevedad posible se envíe al señor Juez Segundo Superior copia del auto de fecha 24 de los corrientes; copia de la notificación y requerimientos hechos a Teófilo Butrabi, diligencia de entrega hecha por el mismo Butrabi, y copia del presente auto. Esto se ordena por cuanto el Juzgado considera que con la actuación de Teófilo Butrabi se ha cometido un delito que debe investigarse y sancionarse por la autoridad competente".

"Por tanto, en la forma más nítida y contundente, quedó establecido en el juicio civil que el secuestre violó el depósito que se le había dado y que no restituyó los bienes que se le exigían, sin que estuviera pendiente en esa litis ningún otro incidente sobre rendición de cuentas.

"Con esa base tan firme, el Juez Superior dictó el auto de proceder, y el juicio siguió hasta culminar con la sentencia que es materia de casación.

"En tal virtud, la cuestión prejudicial quedó definida en el juicio ejecutivo mencionado, y eso bastaba para adelantar el proceso penal, puesto que ya se sabía que a cargo del secuestre pesaba la obligación clara y precisa de entregar determinados objetos, y que éstos no volvieron a poder de la autoridad ni al patrimonio de sus dueños. Es decir, la obligación de Butrabi de entregar las cosas depositadas, no estaba sometida a condición alguna derivada de un estudio de cuentas sobre la administración del secuestro

"Y obsérvese, además, que Butrabi en ningún momento ha alegado como razón para no verificar la entrega, el que sea necesario un juicio sobre rendición de cuentas, o que a su favor obre un derecho de retención. Nó. El ha tratado de justificar su conducta, dando peregrinas explicaciones, como éstas:

" '.....; yo no he podido entregar esa mercancía porque no ha habido remate de ella y porque tampoco ha sido nombrado nuevo secuestre y aparte de eso yo tengo fiador por cuatro mil pesos ($ 4.000).... Digo que la suma que se cobra ejecutivamente no es legal, por cuanto que las letras de cambio que sirven de base a dicho ejecutivo, ya están pagadas' ".

"Fuera de que estas consideraciones son ajenas al cargo de secuestre, pues ellas sólo incumbe resolverlas al Juez en lo Civil, con todo, respecto del pago de las letras a que alude Butrabi, se resolvió en sentencia de excepciones que ese pago no se había hecho, y por eso se ordenó llevar adelante la ejecución y rematar los bienes embargados.

"Por consiguiente, la nueva litis sobre rendición de cuentas que insinúa el señor apoderado, es apenas una simple aspiración de la defensa surgida a última hora; y, como es obvio, ese deseo no puede paralizar la acción penal.

"Conforme al artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, la cuestión prejudicial se presenta y tiene operancia, cuando a tiempo de cometerse el delito, está pendiente el respectivo juicio civil o administrativo. Y en el presente caso, no hay constancia alguna de que contra Butrabi esté cursando una nueva litis civil sobre rendición de cuentas. Se repite que ese incidente de rendición de cuentas se surtió dentro del juicio ejecutivo tantas veces citado con los resultados ya conocidos, de que Butrabi debe responder ante la justicia penal por un delito de apropiación indebida.

"Si posteriormente se promoviere litis para discutir la responsabilidad civil de Butrabi como secuestre, y del fallo que allí se dictare, aparece que su gestión fue honesta y ceñida a la ley, entonces le quedaría al acusado el derecho de demandar la revisión del proceso penal; pero esto es cosa distinta a la cuestión prejudicial que trata de hacerse valer en casación.

"Conclúyese, pues, que no hubo violación de la ley penal ni de la de procedimiento, por este aspecto del asunto".

Algunas anotaciones a la teoría del demandante

El doctor Marino López Lucas ha querido suscitar el debate acerca del delito imputado a Butrabi, defendiendo estas dos principales teorías: 1ª, que sin haberse agotado el trámite de la rendición de cuentas no cabía exigir la responsabilidad a su patrocinado; y 2ª, que Teófilo Butrabi no se apropió cosa mueble alguna y que, por lo mismo, no podía ser sancionado como autor del delito de abuso de confianza.

Este delito no siempre está configurado por la apropiación, que es, eso sí, su caso más típico. También se incurre en él por uso indebido de la cosa puesta en manos del infractor. La apropiación puede ser un hecho real o una ficción, como quien dice,

que la circunstancia de retener vale como acto indebido de dominio sobre lo ajeno. Y cuando se trata de un depositario judicial, basta la renuencia a la orden del Juez que confió la guarda del bien en litigio, para que el renuente a presentarlo o custodiarlo incurra en el delito de abuso de confianza, si por otros medios se comprueba que no se trata nada más que de un desobedecimiento, lo que es una falta aparte del hecho mismo, sino de un abuso de los deberes de guardián en perjuicio de intereses por cuya legitimidad vela el Juez.

Por otra parte, la facultad de disponer no envuelve el ejercicio del derecho de propiedad. El mandatario, por ejemplo, puede disponer de la cosa, si está autorizado para ello por los términos del mandato, con tal de que esa facultad de disponibilidad sea inherente a la función administrativa y no se ejercite en su propio beneficio, es decir, a condición de que entregue el fruto del objeto que vendió o transformó en otro valor.

Por lo demás, no existe aquí ninguna cuestión prejudicial, a la que dan lugar los problemas de orden civil, comercial o administrativo que impiden la iniciación de un juicio criminal o su desarrollo ulterior, según definición de los tratadistas. El proceso se inició cuando se tuvo conocimiento del hecho que dio origen al delito de abuso de confianza, hecho consumado y no apenas de consumación posible.

Improcedencia de la causal segunda

Todas estas consideraciones y las demás que el tema exigiera, podrían hacérsele en calidad de réplica a lo expresado por el recurrente, si fuera ésta la ocasión. Pero no hay lugar a acudir a la cita jurídica que el abogado demandante le ha hecho a la Sala, por las razones que se van a exponer.

Dice la causal 2ª:

"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".

Desde el año pasado esta Sala adoptó por mayoría, la tesis de que la causal 2ª es impertinente en aquellos procesos en los cuales fueron jueces de hecho quienes, por medios ajenos a las reglas legales y atendiendo nada más que a su leal saber y entender, decidieron de la responsabilidad del delincuente, no correspondiendo al Juez de la causa nada más que ajustar el veredicto — si lo admite — al texto legal respectivo. Y esa tesis es hoy doctrina firme, pues además de haber sido acogida por todos los Magistrados que componen la Sala de Casación Penal de la Corte, se ha aplicado repetidamente en muchos fallos dictados por ella.

Las razones que la Sala tuvo para tomar esa determinación están expuestas con innegable amplitud en la sentencia del tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, de la cual se destacan estos apartes:

"..... en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, **la casación nunca podrá abrir debates sobre los hechos,** puesto que éstos son **los que declaró el Jurado,** y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia.

"Cuando haya veredicto no podrá alegarse en casación sobre los hechos que declaró y que, como consecuencia de ello, declaró también la sentencia; de modo que si en casación no se puede alegar sobre los hechos que el Jurado declaró y que la sentencia también declaró, y si la segunda causal se refiere, precisamente, a la errada apreciación de los hechos, se concluye que dicha causal no es aplicable a los juicios por jurado, y que la excepción del principio de que la casación no es el juicio de procesado sino el juicio de la sentencia de segunda instancia, sólo comprende a los juicios en que el jurado no ha intervenido.

"En resumen: si el pensamiento de la Comisión (se refiere a la de Reformas Penales), claramente reafirmado durante todo el debate sobre el recurso de casación, fue excluír toda controversia sobre los hechos no (sic) declarados probados en la sentencia; si éstos no son otros sino los aceptados por el jurado; si la contradicción entre los hechos y el veredicto — por ser cuestión únicamente atribuída a los falladores de instancia — no puede considerarse en casación; y si la causal segunda conduce inevitablemente al examen jurídico de los hechos y al riesgo — en consecuencia — de convertir el fallo de casación en fallo de instancia, riesgo que la Comisión deliberadamente quiso excluír, para no desnaturalizar el recurso extraordinario, conclúyese lógicamente que aquella causal sólo puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicios en que el jurado no interviene".

Y es que esta causal toca muchos puntos que son de la libre apreciación del jurado. Y si hubiera que desconocer la validez de un fallo que descansa en el veredicto, se presentaría este dilema: o se declara que él está en pugna con lo que el proceso presenta

como evidente, y entonces habría que convocar nuevo jurado, o se absuelve al infractor. En la primera hipótesis se estaría reviviendo una causal abolida (la injusticia notoria), que es medida que el Juez puede tomar en las instancias (veredicto contrario a la evidencia de los hechos); pero que resulta inoportuna después de terminado el proceso. Y en el segundo término de la proposición, se haría irrita la función del jurado y se fallaría con un criterio que no es el fijado para la decisión de aquellos casos que la misma ley estableció y que no debe ser precisamente el criterio jurídico.

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, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el trece de junio del año en curso, en la cual se condenó a TEOFILO BUTRABI a la sanción principal de dos años y tres meses de prisión, como responsable del delito de abuso de confianza.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES DEL PROCESO PENAL

Los artículos 198 y 199 del C. de P. P. consagran las causales de nulidad que pueden surgir en un proceso penal. Esas nulidades son absolutas o relativas. Las primeras vician el procedimiento en sus bases o contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo o por el consentimiento expreso de las partes que en él intervienen; las segundas son subsanables por el transcurso del tiempo o por cualquier actuación posterior de los interesados. Las nulidades establecidas por esos artículos son taxativas y su interpretación debe ser restringida, no analógica, respecto de las disposiciones que las consagran. El juzgador no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que sólo constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una formalidad externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad.

Las nulidades constitucionales deducidas de lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional, aunque no se hallan consagradas en los artículos antes citados, deben reconocerse y declararse cuando existen.

El hecho de que algunos jueces de conciencia no hubieran cumplido estrictamente con los mandatos de los artículos 528 y 529 del C. de P. P. no incide en la nulidad sustancial del artículo 26 de la Carta.

El procedimiento que debe seguirse para reconocer una causal de nulidad no está sujeto a tramitación alguna; se decide en vista de lo actuado y de las pruebas que figuran en el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

En providencia de cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la sentencia proferida por el Juzgado 2º Superior, que condenó a Miguel Angel Rivas Nieva a la pena de dos años y ocho meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio agotado en la persona de Soledad Saavedra. Contra la sentencia de segunda instancia se interpuso recurso de casación.

Antecedentes

El 25 de marzo de 1939, en el coreográfico denominado "Cafarnaún", instalado en uno de los barrios de la ciudad de Cali, Soledad Saavedra, mujer de vida licenciosa, hirió con una botella de cerveza a Miguel Angel Rivas, quien al sentirse lesionado, sacó el arma que portaba y disparó por dos veces consecutivas contra su agresora, causándole dos heridas, una en la región abdominal y otra en la región frontal.

Este hecho fue calificado por el Juzgado como un homicidio simplemente intencional, atenuado por las circunstancias de haberse ejecutado en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación (artículo 28 del C. P.) El Tribunal, en providencia de nueve de abril de mil novecientos cuarenta, confirmó sin modificación alguna el auto de llamamiento a juicio.

A la consideración de los jueces de conciencia se sometió un cuestionario integrado por siete preguntas, que contemplan: la primera, el hecho material; la segunda, el propósito de matar; la tercera, el estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación; la cuarta, estado de grave anomalía psíquica; la quinta y la sexta, estado de legítima defensa de la persona y el honor, y la séptima, estado de enajenación mental.

La decisión del jurado fue afirmativa respecto a las tres primeras preguntas del cuestionario y negativa en cuanto a las restantes. El Juzgado, con fundamento en este veredicto, dictó sentencia condenatoria, la que, apelada, fue confirmada por el Tribunal. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación y la demanda fue presentada oportunamente.

Demanda

El recurrente invoca como causales de casación las contempladas en los numerales 4º, 5º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, causales

que pueden resumirse en una sola, o sea, la cuarta, toda vez que la quinta y la primera las deduce como consecuencia lógica de la cuarta.

Causal cuarta

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Estima el recurrente que la violación de los artículos 528 y 529 del Código de Procedimiento Penal, llevada a cabo por los miembros del jurado, origina la nulidad constitucional prevista por el artículo 26 de la Carta, porque al ponerse en comunicación con terceros y entre ellos mismos, no se juzgaba al procesado con la plenitud de las formas propias del juicio, y argumenta así:

"Fundo la primera en que como lo he manifestado, antes de notificárseme a mí y a mi defensor la sentencia condenatoria de primera instancia, y por consiguiente, sin su conocimiento, se propuso demanda de nulidad sustantiva con fecha 6 de agosto de 1942, con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional, y por tanto los jueces de conciencia no cumplieron con el juramento que hubieron de prestar de conformidad con el artículo 528 del Código de Procedimiento Penal, y violaron lo dispuesto por el artículo 529 del mismo.

"Al proponerse la demanda de nulidad, mi defensor expresó claramente en su escrito que se trataba de una nulidad sustantiva, distinta de las nulidades adjetivas o de procedimiento taxativamente enumeradas en el artículo 198 del citado Código de Procedimiento Penal.

"La existencia legal de las nulidades sustantivas no puede desconocerse por el sentenciador de primera y segunda instancia, porque en primer lugar, hay hechos positivos que las originan y que las doctrinas de esa Honorable Corte Suprema de Justicia ha venido reconociendo en distintos fallos de casación; y segundo, porque al probar su existencia dentro de un proceso, tiene que existir una norma de procedimiento penal para lograr su declaratoria, si como en el presente caso, ella es alegada por el reo con base en hechos que no constan en el expediente y de los cuales se aduce la prueba extrajudicial del caso.

"De conformidad con el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, el Juez decretará la nulidad de lo actuado cuando advierta que en el proceso existe alguna de las causales de nulidad adjetiva prevista en el artículo 198 del mismo. Y según el artículo 201 siguiente, las partes podrán alegar en cualquier estado del proceso las causales de nulidad establecidas en los artículos 198 y 199 del citado Código. Conforme a esta disposición y al espíritu que entraña, quiere decir que las nulidades adjetivas han de tener previamente su existencia en el proceso y por consiguiente su prueba, para que el Juez las declare o las partes las aleguen. Pero qué norma procedimental tendría que adoptarse para el trámite de una solicitud de nulidad cuando los hechos alegados la caracterizan de sustantiva, con base en el ya citado artículo de la Constitución Nacional?".

Se considera:

En el Título IV, Capítulo Sexto del Código de Procedimiento Penal, los artículos 198 y 199 consagran en forma expresa las causales de nulidad que pueden surgir en un proceso penal. Estas nulidades son absolutas o relativas. Las primeras vician el procedimiento en sus bases o contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo o por el consentimiento expreso de las partes que en él intervienen; las segundas, son subsanables por el transcurso del tiempo o por cualquier actuación posterior de los interesados.

Las nulidades establecidas por los artículos comentados, son taxativas, su interpretación debe ser restringida, no analógica, respecto de las disposiciones que las consagran. El juzgador no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que sólo constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una formalidad externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad.

La nulidad alegada por el recurrente — cómo así lo expresa — no está comprendida dentro de la enumeración taxativa de las disposiciones citadas, sino en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, que dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio".

La Corte en varios fallos ha reconocido la existencia de nulidades constitucionales provenientes de la no aplicación del precepto transcrito, ya porque al procesado no se le juzgó de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ya también, porque en el proceso no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, o porque no se le juzgó ante Tribunal competente.

Las nulidades constitucionales deducidas de la interpretación del artículo comentado, no se hallan consagradas en forma expresa en las disposiciones de los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, pero esta circunstancia no obsta para que se reconozcan y declaren cuando ellas existen. Estas

nulidades son de orden superior, en su reconocimiento está interesado el orden social, porque la Constitución ha querido rodear al procesado del máximo de garantías, para que su defensa no se menoscabe con perjuicio de sus intereses individuales. Su declaratoria no se puede subordinar al hecho de que ellas se encuentren previstas en la ley adjetiva que regula el trámite en el juicio, sino a la violación de una norma de superior jerarquía como es la Constitución Nacional.

El hecho de que algunos jueces de conciencia no hubieran cumplido estrictamente con los mandatos de los artículos 528 y 529 del Código de Procedimiento Penal, que establecen normas especiales de conducta para los jurados, no incide en la nulidad sustancial del artículo 26 de la Carta, en cuanto se refiere a que al procesado no se le juzgó con las formalidades propias del juicio.

La violación personal que los jueces de conciencia realizan con menoscabo de los deberes que les impone la ley, no implica el desconocimiento de las garantías procesales que el poder público debe amparar y proteger en la celebración del juicio. El quebrantamiento de un deber impuesto por la ley como norma que debe guiar la conducta de los jueces de conciencia en la celebración de la audiencia, constituye un delito de prevaricato, al tenor del artículo 529 del Código de Procedimiento Penal.

Pero ese mismo hecho — violación personal de un mandato legal — no entraña omisión alguna en el cumplimiento de las formalidades propias del juicio. Si este hecho tuviera fuerza suficiente para generar una nulidad constitucional, también debía erigirse en nulidad del mismo orden la violación de las normas impuestas a las partes o al público por el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal. Y el elogio o la censura que los defensores o el público hacen a los miembros del jurado en la audiencia, no implica omisión o violación de normas procedimentales que se han de observar en el proceso.

Si en la celebración del juicio y en relación con las partes que en él intervienen, se observan las formalidades de los artículos 471, 528, 531 y demás disposiciones reglamentarias de los juicios en que interviene el jurado, es indudable que en esos actos se cumplen todas las ritualidades exigidas por la ley, a las cuales está obligado el juzgador, y la violación de una norma de conducta que ejecuta un miembro del jurado, conlleva una responsabilidad personal, pero no un cercenamiento de las garantías constitucionales.

"De suerte que lo único que procede hoy — como dice la Procuraduría — es ordenar que se adelante investigación contra los jueces de conciencia, por la posible infidelidad en el desempeño de los deberes de su cargo, según se desprende de las pruebas acompañadas por el defensor al incidente de nulidad".

El hecho que hoy se alega como nulidad constitucional, fue previamente conocido por el defensor y el procesado, circunstancia que motivó la conferencia de 24 de febrero, en la que el abogado manifestó a Rivas si era el caso de recurrir a los miembros del jurado o asistir a las audiencias. Este fue partidario de la continuación del juicio y tenía confianza en que "la honorabilidad de los jurados constituía para él una esperanza de justicia".

Al absolver los jueces de conciencia el cuestionario sometido a su consideración, no traicionaron ni los intereses del procesado, ni los de la sociedad. Su veredicto no está tocado de parcialidad, ya que él responde a la verdad de los hechos planteados en el debate, y las pruebas formuladas por el Juzgado son el resultado de una profunda realidad procesal.

Si la defensa conoció de antemano una causal de recusación deducida del posible interés directo o indirecto que alguno de los miembros del jurado pudiera tener en relación con la condena del procesado, debió poner de presente este hecho al juzgador, para que en la debida oportunidad se protegieran los intereses del sindicado corrigiendo la irregularidad. Pero la circunstancia de callar maliciosamente una causal de impedimento o recusación o una irregularidad, confiando en el resultado favorable al procesado, para alegarla con posterioridad si la decisión le es contraria a sus intereses, constituye el clásico "fraude a la ley" de que nos habla el Procurador y no una causal de nulidad.

Incidente de nulidad. — Tramitación

Dice el recurrente que tanto el Juzgado como el Tribunal violaron la ley procedimental, porque se negaron a tramitar "el incidente de nulidad" como una articulación y que en esta forma resolvieron su petición sin observar la plenitud de las formas propias del juicio, es decir, este hecho genera la nulidad constitucional del artículo 26 de la Carta.

En los juicios penales, como la acción es pública, el reconocimiento y declaratoria de las nulidades, cuando existen, se hace oficiosamente por el juzgador (artículo 200 del Código de Procedimiento Penal), sin que esto obste para que sean invocadas. Estas nulidades, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil, no se ponen en conocimiento de las partes. El procedimiento que debe seguirse para reconocer una causal de nulidad, no está sujeto a tramitación alguna; se decide en vista de lo actuado y de las pruebas que figuran en el proceso.

El trámite por medio de articulación sólo es aplicable a los casos que la ley determina (artículo 395 del C. J.), y como en lo civil, cuando la nulidad es invocada por algunas de las partes, la ley obliga a seguir este trámite (artículo 456), aún por el sistema de analogía invocado por el recurrente con base en lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, no sería aplicable ese procedimiento, porque la ley penal no lo dispone y se necesita mandato expreso para que prospere la petición; de manera que al negarla, no se violó por ningún aspecto la ley procedimental penal, ni mucho menos el precepto constitucional.

Por estas razones, la causal invocada no prospera.

Causal segunda

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Dice el recurrente:

"..... tanto en la sentencia de primera instancia como en la segunda, no se tomaron en cuenta los hechos acreditados en el proceso, dentro de la articulación de nulidad propuesta, pues de tenerlos en cuenta habrían influído en la determinación de la sanción, suspendiéndola mientras se fallaba favorablemente la nulidad y se convocaba para nueva audiencia pública con la intervención del jurado".

A esto se responde: la Corte ha resuelto ya en numerosos fallos que la causal segunda sólo puede invocarse en juicios en que el jurado no interviene, porque pedir que se rectifiquen o valoren de nuevo las pruebas que el jurado ya estimó de acuerdo con su íntima convicción y sin sujeción a tarifa probatoria alguna, admitiendo unas y rechazando otras, sería tanto como llegar a la declaratoria de ser contrario el veredicto a la evidencia de los hechos, lo que es objeto de las instancias y ello no ha sido erigido como causal de casación en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Por estos motivos, no prospera la causal.

Causal quinta

"Cuando en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Dice el demandante que en la sentencia de segunda instancia no se expresaron claramente los hechos que en la articulación de nulidad se declaraban probados. Pero este cargo no tiene respaldo alguno.

En la sentencia de diciembre cinco de mil novecientos cuarenta y dos, el Tribunal hizo un estudio detenido de la nulidad propuesta por el defensor, y en el considerando primero se analiza la prueba testimonial que sirve de fundamento a la nulidad invocada, para concluír que el veredicto de los jueces de conciencia es la expresión exacta de lo evidenciado en el proceso, cuando dice:

"Pero cuando se les presenta a los jueces de derecho un veredicto que no pugna con la verdad del proceso, que es síntesis de lo establecido conforme a las reglas del procedimiento, que guarda armonía con los postulados de la ciencia y que ha sido emitido después de las amplias deliberaciones, en las que al delincuente no le ha faltado ninguna de las garantías constitucionales ni legales y que ha usado de ellas a su sabor y casi a su capricho, desconocerle equivale — eso sí — a formular un juicio temerario sobre la integridad de quienes presentaron una fórmula acorde con los dictados de su conciencia y que no excedía las medidas vigentes en el proceso.

"¿Y hay algo en el veredicto de este juicio de choque con la realidad, con toda la realidad, en este proceso que se ha ventilado con tantas garantías y con tanta amplitud? No es sino leer cada una de las piezas que lo componen, sin dejar una sola, para convencerse de que las propuestas de los jueces de hecho corresponden de una manera cabal al cargo que se le formuló a Miguel Angel Rivas Nieva y de que este cargo tiene un poderoso respaldo legal. Volver atrás, rechazar la actuación porque se hayan presentado algunas irregularidades de última hora, porque se hayan cruzado apuestas, y no se hubiera guardado un hermetismo perfecto sobre las impresiones que la misma agitación de las audiencias iba creando e inflando, hasta el grado de que era casi imposible contenerlas, encarnaría una tremenda censura sin fundamento y sin justicia. Un juicio público dará siempre lugar a estas modalidades en un pueblo en donde existe tanta afición por el juego y donde se traban apuestas a propósito de cualquier incidente, aun sobre los mismos acontecimientos atmosféricos, como el bueno o el mal tiempo".

Por otra parte, tanto el Juzgado como el Tribunal al rechazar la nulidad propuesta por el defensor, dieron las razones que los llevaron a esa conclusión. El ataque a la sentencia por esta causal, no tiene fundamento alguno y no prospera.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal, — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia de cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Miguel Angel Rivas Nieva a la pena principal de dos años y ocho meses de presidio, como responsable de la muerte de Soledad Saavedra.

El Tribunal Superior de Cali expedirá copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad en que hubieren incurrido los miembros del jurado que intervinieron en este proceso (artículo 529 del C. de P. P.)

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Luis Caro Escallón, Conjuez. — **Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R.,** Secretario.

ERROR RELATIVO AL NOMBRE Y APELLIDO DE LA PERSONA RESPONSABLE

Como ya lo ha dicho la Corte, no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable lo que causa la nulidad del proceso si por otra parte el agente del ilícito está identificado físicamente con precisión, porque el legislador no pudo establecer ese motivo con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de las causas criminales. Precisamente los delincuentes habituales suelen ser los que llegan a usar varios nombres y apellidos y mal podría la ley amparar esa treta brindándole la manera de hacer anular sus procesos con la esperanza de conseguir su impunidad. Lo esencial en esta causal es que no se pueda obtener la identidad física del inculpado, supuesto que el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales. Lo que es absolutamente necesario es que se conozca al delincuente con toda certidumbre para evitar que caiga en manos de la justicia un inocente, pero esa identificación puede establecerse por otros medios de prueba. De ahí lo dispuesto por el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

VISTOS:

El defensor de José Daniel Hurtado recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, que impuso al procesado ocho años de presidio como responsable de haber causado la muerte a Sigifredo Buitrago.

El recurrente presentó oportunamente la demanda respectiva de casación, en la cual invoca la causal cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Hechos y curso del proceso. Los hechos que dieron origen a la formación del proceso ocurrieron en el sitio de La Primavera, corregimiento de Arboleda del municipio de Pensilvania, departamento de Caldas, en la noche del 25 de noviembre de 1943. En ese punto habitaba con su familia el señor Abel María León y en la casa se hallaban aquella noche Ana, Rosario, Carlina y Daniel León, acompañados de Armando y Sigifredo Buitrago, cuando habiendo salido el último a un corredor de la casa, fue herido de una puñalada en la región toráxica, a nivel del octavo espacio intercostal, que le causó la muerte.

El Juzgado Primero Superior de Manizales, en auto de 4 de julio del año pasado, llamó a responder en juicio criminal, por esta infracción, a José Daniel Hurtado Muñoz, dándole al homicidio la calificación de asesinato (f. 134 del c. 1), providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior del mismo Distrito de Manizales, el 9 de agosto siguiente (f. 146, ibidem).

El jurado reunido al efecto (f. 157 y siguientes) declaró al procesado responsable del hecho, pero quitándole la calificación de asesinato (f. 193, ibidem), en veredicto que sirvió de base a la sentencia del 25 de mayo del presente año, confirmada también por el Tribunal el 11 de julio último (f. 215, ibi-

---

Demanda de casación. Invoca el recurrente la cuarta causal del artículo 567 del código de procedimiento penal, o sea, el haber sido violada la ley procedimental con la sentencia, "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Dice el recurrente que el numeral 8º del artículo 198 del código procesal señala como causa de nulidad el haberse incurrido en un error relativo "al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido", y que en el presente caso no sólo hubo error en el nombre y apellido, sino en algo de mayor sustancia "porque el error en que se ha incurrido es en cuanto a la persona misma del verdadero responsable".

El verdadero responsable — explica luégo — no es José Daniel Hurtado, sino su hermano Luis Angel Hurtado, como lo expuso su propio padre, don Sabas Hurtado, en la audiencia pública, para evitar que se cometiera una injusticia.

Estudio de la causal. El artículo 198 del código de procedimiento penal, en su numeral 8º, consagra co-

mo causa de nulidad en los procesos penales el haber incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, o a la época o lugar en que se cometió, **o al nombre o apellido de la persona responsable** o del ofendido.

Pero, como la Corte lo ha dicho, no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable lo que causa la nulidad del proceso si por otra parte el agente del ilícito está identificado físicamente con precisión, porque el legislador no pudo establecer ese motivo con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de las causas criminales. Precisamente los delincuentes habituales suelen ser los que llegan a usar varios nombres y apellidos y mal podría la ley amparar esa treta brindándoles la manera de hacer anular sus procesos con la esperanza de conseguir su impunidad.

Lo esencial en esta causal es que no se pueda obtener la identidad física del inculpado, supuesto que el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales. Lo que es absolutamente necesario es que se conozca al delincuente con toda certidumbre para evitar que caiga en manos de la justicia un inocente, pero esa identificación puede establecerse por otros medios de prueba. Por eso preceptúa el artículo 102 del citado código de procedimiento que "la imposibilidad de identificar al sindicado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona". (Acuerdo número 188, de 14 de abril de 1888, tomo II, página 123, y casaciones de 7 de agosto de 1938, tomo XLVI, página 665 y de 11 de agosto de 1941, tomo LI, página 680).

En el presente caso no ha habido error en cuanto al nombre y apellido del inculpado, ni hubo duda para los jueces de hecho y de derecho "sobre la identidad física de la persona" del mismo.

En el auto de proceder, confirmado por el Tribunal, se llamó a juicio a José Daniel Hurtado, pues contra él y no contra su hermano militaban varias pruebas, que son éstas, según tales providencias:

a) La víctima sindicó a Daniel Hurtado como el autor de la herida fatal;

b) Rosario León y Carlina León vieron al sindicado al pie de la casa momentos antes del suceso y cerca de ella percibieron sus huellas, que identificaron por tener un dedo "mocho";

c) También lo vio momentos antes del delito y al pie de la habitación, Armando Buitrago, con quien mantuvo una breve conversación;

d) Entre Daniel Hurtado y Sigifredo Buitrago había una enemistad grave, motivada por las relaciones sexuales que mediaban entre éste y Carlina León, antigua concubina de Hurtado, por una deuda existente entre víctima y victimario y por servir Buitrago de encubridor de las relaciones amorosas de una hermana de Daniel con un sujeto que no era de su agrado; y

e) No haber podido probar la coartada que presentó ni haber sabido explicar su actividad en la noche de los acontecimientos.

En la audiencia ante el jurado (sin que el procesado ni su defensor hubieran pedido oportunamente la práctica de las pruebas que demostraran su inocencia) José Daniel echó la culpa del homicidio a su hermano Luis Angel, diciendo que en la noche de los sucesos, éste lo había despertado para contarle su infracción. Además, se recibió la declaración de José Carvajal, que afirmó que el tal Luis Angel no se había quedado en su casa la noche del delito y que al día siguiente había llegado a contar, como a las diez de la mañana, que "habían matado a Sigifredo". Y, en fin, Sabas de Jesús Hurtado, padre de los nombrados Luis Angel y Daniel, confirmó la anterior versión de haber dormido éste en su casa y, en cambio, haber llegado su otro hijo (Luis Angel) a contar que le había tocado matar a Buitrago (fs. 176 y 179). Y no obstante estos elementos de juicio y otros allegados en ese acto público, y de los esfuerzos hechos por el defensor para demostrar que el autor del homicidio no había sido José Daniel Hurtado, el jurado lo declaró responsable del delito, si bien negando las circunstancias constitutivas de asesinato.

Ya ante el Tribunal Superior, apelada la sentencia condenatoria, agregó el defensor del culpable la declaración de la madre de los Hurtados, recibida extrajuicio, según la cual Daniel permaneció toda la noche en su casa, no así Luis Angel, quien había llegado tarde a contar que había sido el autor de la muerte de Buitrago (f. 210). Declaración que fue reafirmada por la de María Dolores León (también recibida extrajuicio), a quien dizque le confesó Luis Angel haber sido el matador del tantas veces mentado Buitrago (f. 212 vuelto).

Basado en las probanzas favorables a su tesis y, especialmente, en las que se dejan apuntadas, pidió el defensor al Tribunal que declarara el veredicto contrario a la evidencia de los hechos. Mas dicha corporación no accedió a hacer tal declaratoria, considerando que el veredicto "cuenta con suficiente respaldo en los autos" y que la prueba incriminatoria existente contra José Daniel Hurtado "lo sitúa incuestionablemente en el terreno legal de la responsabilidad y como único autor de la infracción penal investigada".

De suerte que, como lo dice la Procuraduría y lo afirmó ya la Corte, no hubo aquí error en el nombre, ni en el apellido, ni en cuanto a la persona del delincuente y, por lo tanto, no se encuentra probado el motivo de nulidad alegado por el recurrente. Se llega así a un problema de imputabilidad y de responsabilidad, que no es propio de la casación, sino de las instancias, en las que fue debatido amplia, oportuna, aunque ineficazmente, porque no se probó la inocencia del acusado para que se le hubiera absuelto o mejor para que el veredicto se hubiera declarado contrario a la evidencia de los hechos.

Ya fallado el negocio en estas condiciones, no se trataría de una mera equivocación, sino más bien de un error judicial originado por vicio en la prueba que sirvió para sustentar la responsabilidad del presunto autor del ilícito. Pero entonces no es el recurso de casación tampoco el indicado para corregir ese yerro, si acaso pudo existir, por medio de la nulidad formal en que se ha fundado la demanda.

Cree la Corte pertinente anotar que no ha debido el señor Juez del conocimiento recibir la declaración del padre del sindicado, porque el artículo 22 del código de procedimiento penal prohibe recibir a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus descendientes, ascendientes o hermanos.

Verdad es que la Constitución apenas dice que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, o contra sus parientes, en asuntos criminales, correccionales o de policía. Pero aquella prohibición no contradice el precepto de la Carta, sino que apenas lo reafirma, ya que el constituyente no pudo presumir que alguien pasara por sobre los vínculos de la sangre y del amor conyugal para perjudicar con su testimonio a sus propios allegados.

En esto último se apoya precisamente el principio que regula la prohibición; en que es preferible que las bases de la familia, núcleo primordial de la organización social, se mantengan inalterables, a obtener en un caso determinado el castigo de un delito con las declaraciones de los parientes del agresor.

Y tanto repugna que la justicia obre con fundamento en los testimonios de los miembros de la familia del delincuente, que en la mayoría de los casos encuentran los jueces que el fin que buscan aquéllos, de apariencia noble y justiciera, viene a traducirse en algún propósito mezquino o en algún interés antisocial.

No prospera, por tanto, la causal cuarta invocada.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de once de julio último, de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LAS CONDICIONES DE INDEFENSION NO SON TAXATIVAS. LA CALIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE PELIGROSIDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Efraín Ballesteros y el doctor Neftalí Roncayo Guerrero, su defensor, interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, del 13 de septiembre del año pasado, por la cual el primero fue condenado — con aplicación de los artículos 33, 363 y 375 del estatuto penal — a la pena principal de veinte años de presidio por los delitos de homicidio agravado en Manuel Flórez Valencia y lesiones personales en su padre Fidel Valencia, cometidos en la noche del catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el sitio de "La Guaca", corregimiento de Palestina, municipio de Istmina, Intendencia del Chocó.

Concedido el recurso por el Tribunal y llegado el negocio a la Corte, Ballesteros, en memorial fechado en Cali el trece de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro y aquí recibido el seis de noviembre del mismo año, solicitó conjuntamente se admitiera el recurso y se casara la sentencia, memorial que — en cuanto a lo último — fue ratificado antes de que venciera el traslado para la formulación de la demanda.

El Procurador Delegado en lo Penal, con sujeción a su tesis de inadmisibilidad de demandas relativas a recursos interpuestos antes de la vigencia de la nueva Constitución, se abstuvo de contestarla, no obstante haber sido formulada antes del tiempo del traslado y dentro de éste ratificada, y solicitó se declarara desierto el recurso. La Corte, no sin lamentar la inhibición de la Procuraduría, y con mayor razón tratándose — como se trata — de una demanda anticipadamente formulada y muy probablemente redactada por el mismo abogado que con Ballesteros interpuso ante el Tribunal el recurso, resuelve en este fallo los problemas que le ha planteado el recurrente, no sin antes hacer referencia al delito y sus modalidades, a los actos procesales que antecedieron a la sentencia recurrida y a las tesis expuestas en la demanda.

I. — Ejecución y modalidades del delito

Sin que ninguna de las personas que en las horas de la noche del sábado trece de septiembre de mil novecientos cuarenta festejaban la terminación de un trabajo de aserrío en la casa de los Ballesteros situada en la confluencia del río San Juan y la quebrada de 'La Guaca", en el municipio de Istmina, Intendencia del Chocó, se dieran cuenta de la intempestiva partida de Fidel Valencia, de su hijo Manuel Flórez Valencia y de Efraín Ballesteros hacia el río, fueron sorprendidos con los gritos de Fidel que angustiosamente llamaba en demanda de auxilio. Acudido que hubieron algunos de los concurrentes, entre ellos Epitacio Bustamante y Euladislao Arango, sorprendieron a Fidel con los dedos de una mano casi amputados con machete, y a su hijo Manuel ya muerto, al pie de un caimito y entre un charco formado por la sangre que manaba de las varias heridas causadas con análoga arma en el brazo derecho y en otras partes del cuerpo.

Según la narración de Fidel Valencia — que luégo confirmaron indicios de no ordinaria gravedad — aquél, seguido de su hijo Manuel, quien se hallaba en estado de aguda embriagues, salieron de la fiesta y se dirigieron, Fidel adelante, hacia la orilla del río a tomar el bote o canoa en que debían atravesarlo para llegar a su casa; intempestivamente Manuel fue atacado a machete, por detrás, e impedido como estaba para defenderse por causa de la tambora que llevaba a la espalda, corrió — perseguido por su agresor — hasta que, desangrado por las graves heridas recibidas, cayó muerto al pie de un árbol. Fidel, su padre, quiso defenderlo, pero atacado también, recibió un machetazo que le causó la pérdida de tres dedos de la mano izquierda.

Fidel Valencia, tanto aquella noche como después ante el funcionario instructor, inculpó a Efraín Ballesteros, — también concurrente a la fiesta — sin que él ni su defensor, hubieran podido desvirtuar los múltiples indicios que desde un principio lo señalaron como el único autor de tan graves delitos, a pesar de las falsas hipótesis — sugeridas por Ballesteros — de la riña imprevista y de la mutua agresión por error entre padre e hijo, cada uno de los cuales — afirma — lo confundió con él — con Ballesteros — que era el que, según él mismo, debía ser ul-

timado, hechos ocurridos en cumplimiento — aseguró Efraín — de la maldición de la madre de Fidel sobre éste, por el concubinato con su hija menor.

III. — El proceso penal

Fundado en la afirmación del lesionado Fidel Valencia se instruyó este proceso, cuyas actuaciones principales — al menos las que deben considerarse en este fallo — a continuación se resumen:

a) El dictamen pericial, según el cual Manuel Flórez Valencia recibió las siguientes seis heridas, causadas todas con arma cortante: una en el brazo derecho sobre la parte externa, que interesó la piel, los músculos y partió la tróclea del húmero separando el hueso cúbito del radio, en forma que el antebrazo y la mano colgaban del brazo sostenidos por la piel, herida ésta de cinco pulgadas de longitud, dos y media de profundidad y cinco de ancho, y que debió seccionar la arteria humeral y venas de la región; otra en la parte externa del antebrazo derecho, de doce centímetros de largo, cinco de ancho y cinco de profundidad; otra en el vacio o flanco derecho, al nivel de la duodécima costilla, de diez y siete centímetros de largo, cuatro de ancho y tres y medio de profundidad, que interesó los músculos, el peritoneo y el hueso ilíaco, lo mismo que el peritoneo parietal y posiblemente las grandes arterias ilíacas primitivas y que dejaban ver los intestinos; otra en el costado derecho, sobre la novena costilla, de cinco centímetros de longitud, medio de ancho y una línea de profundidad, y dos más, superficiales, localizadas en la región glútea, sobre la parte externa del muslo derecho;

b) El dictamen pericial, según el cual Fidel Valencia recibió una herida, hecha con arma cortante en la mano izquierda, de veintidós centímetros de largo por cuatro y medio de ancho, de dirección oblicua, de adelante hacia atrás y de arriba a abajo, herida localizada desde la base del índice hasta la región próxima de la zona hipotenar, que seccionó los dedos medio, anular y meñique con amputación completa de esa zona y que produjo al lesionado una incapacidad definitiva de cuarenta y cinco días y una perturbación funcional permanente e irreparable consistente en la pérdida de los tres dedos citados;

c) El auto del Juez Segundo Superior de Cali, del cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos — confirmado por el Tribunal del mismo Distrito — por el cual abrió causa criminal contra Efraín Ballesteros por los delitos — en concurso material — de homicidio con sevicia en Manuel Flórez Valencia y cuando éste se hallaba incapacitado para su defensa, y de lesiones personales en Fidel Valencia, y en el cual auto se establecieron la gravedad de los delitos, el motivo concretado en un antiguo resentimiento de Ballesteros estimulado por el alcohol y, como consecuencia, la peligrosidad del infractor;

d) El veredicto del jurado, integralmente afirmativo, relativo al hecho material, al propósito y a la indefensión y sevicia en cuanto al homicidio en Flórez Valencia, y también en cuanto al hecho material y propósito de lesiones en Valencia;

e) La sentencia del diez y siete de marzo del año pasado, dictada por el Juez Segundo Superior de Cali por la cual — con aplicación de los artículos 33 y 363 (5º y 7º) — fue condenado a la pena de veinte años de presidio; y

f) La sentencia del Tribunal Superior de Cali, del trece de septiembre del año pasado, por la cual confirmó en todas sus partes la del Juez Segundo Superior.

III. — Estudio del recurso

De las causales de casación invocadas — primera, segunda y tercera — la Corte se inhibe de considerar la segunda, por cuanto — como ya se ha expuesto en múltiples fallos — no es ella aplicable en los juicios en que ha intervenido el jurado, no sólo porque excluye el riesgo de desnaturalizar el objeto fundamental de la casación — que es el juicio sobre la sentencia — sino también porque su conclusión lógica sería le declaración de notoria injusticia del veredicto — hoy veredicto contrario a la evidencia de los hechos, causal ésta eliminada del nuevo estatuto procesal; el estudio del recurso se concreta, en consecuencia, a las causales primera y tercera, el que — por razones de orden — se hace separadamente.

a) Violación de la ley penal

El recurrente afirma que la ley penal se ha aplicado indebidamente, y parte — para objetar la sentencia — de la apreciación que, reproducida del Juez, hace el Tribunal en referencia a la gravedad y modalidades del delito, a los motivos, a la personalidad de Ballesteros, y, en síntesis, a su peligrosidad, apreciación que guió a los falladores en la determinación de la pena.

"A través del proceso — dicen Juez y Tribunal — se destaca la personalidad de Efraín Ballesteros como la de un reo bastante peligroso. Así lo proclaman sus antecedentes de depravación que indican su capacidad impulsiva; las circunstancias en que se consumó el homicidio, que colocaron a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, y la inmediata violencia con que se acometió a Fidel Valencia cuando éste trató de defender a su hijo. Además, la constancia a que antes se aludió, indica que

Ballesteros no es un homicida ocasional, sino que llegó a este delito después de una larga preparación en cuadrilla de malhechores. La temibilidad suya había sembrado pánico en la región de Palestina y aledaños, como se desprende de los testimonios de Juan Natalio Hinojosa y Arcadio Ramírez. Por consiguiente, la pena que a Efraín Ballesteros debe imponerse se eleva del nivel medio y alcanza casi la cima de la mayor peligrosidad".

Regidos por este criterio, los falladores calificaron específicamente los delitos imputados a Ballesteros como homicidio agravado o asesinato y lesiones personales con la pérdida de órgano o miembro, cometidos en concurso material, y, con aplicación de los artículos 33, 363 (5º y 7º) y 375, le impusieron, como pena principal, la de veinte años de presidio.

Ballesteros asevera que las normas aplicables son el artículo 362 y el artículo 375 — con la disminución que fija el artículo 384 — por las siguientes razones que la Corte resume en seguida: no podía el Tribunal imputarle la premeditación, así como tampoco la indefensión e inferioridad de las víctimas: lo primero, porque el haber trabajado ese día con Manuel Flórez y Fidel Valencia y concurrido después juntos a la fiesta sin incidente alguno, destruyen el cargo; y segundo, porque el hallarse padre e hijo acompañados y ser Flórez hombre fornido, como lo comprueba la sanción que la autoridad meses antes le impuso por su agresión al mismo Ballesteros, son hechos que reafirman la inexistencia de la inferioridad e indefensión de la víctima, y finalmente, porque el homicidio fue consumado en riña imprevista, y las lesiones para defenderse de la agresión de Valencia.

No halla la Corte base legal para casar la sentencia por indebida aplicación de la ley penal, porque si, en efecto, los falladores de instancia dedujeron la peligrosidad de Ballesteros de un conjunto de circunstancias o hechos — tales como los "antecedentes de depravación" y "la llegada a este delito después de una larga preparación en cuadrilla de malhechores" y ella — la peligrosidad — constituyó factor importante en la determinación de la pena, los motivos, gravedad y modalidades de los delitos ya son, de por sí, elementos de valor jurídico inobjetables para adaptar la sanción al delincuente. Sin objeto como es aquí el argumento de la inexistencia de la premeditación, ya que ésta no fue tenida en cuenta ni como elemento del delito ni como elemento de peligrosidad, la Corte se refiere en su estudio sobre esta causal, a los otros dos argumentos: la inexistencia de la indefensión y de la inferioridad, y la riña imprevista.

No obstante que el jurado declaró la incapacidad de defensa en que Flórez y Valencia se hallaban cuando fueron acometidos por Ballesteros, realidad que impide a la Corte considerar la objeción porque lo contrario equivaldría a aceptar la aplicabilidad de la causal segunda a los juicios por jurado, es conveniente hacer alguna referencia a las hipótesis por el recurrente sugeridas.

Ballesteros — según la afirmación de Valencia, quien iba adelante de Flórez, — atacó a éste por la espalda, testimonio no tachable a pesar de ser del padre del occiso, porque coincide con los dictámenes periciales que localizaron todas las heridas en el lado derecho de Flórez, y luégo atacó al mismo Valencia cuando éste intervino en defensa del hijo ya en agonía; concurren aquí, pues, circunstancias de las que — según el numeral 5º del artículo 363— ponen a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, circunstancias que no son en manera alguna taxativas y que, por lo tanto, bien pueden ser otras diferentes a las que la referida norma anuncia, como la traición, por ejemplo. Estas modalidades, se deduce, excluyen — además — la riña imprevista y el ataque a Valencia con el ánimo de defenderse del de éste, pues si no es lógico ni razonable que la riña fuera precedida de una agresión intempestiva por la espalda, menos lo es que el acto del padre que irrumpe en defensa del hijo justifique la acometida del agresor contra aquél que — como Valencia — acude, con todo derecho, a salvar la vida del hijo gravemente amenazada. Probadas plenamente la indefensión e inferioridad y la sevicia — circunstancia ésta última que el recurrente se cuidó muy bien de objetar — y declaradas fundadas por el jurado, no podían los falladores — como lo propone Ballesteros — aplicar el artículo 362, en vez del 363 — ni menos con la disminución del artículo 384,— después de que, previo estudio, dedujeron la armonía formal y sustancial entre el veredicto y los hechos del proceso; finalmente, y consideradas las objeciones del recurrente desde otro punto de vista, la apreciación y calificación de las circunstancias distintas a las de mayor o menor peligrosidad corresponden a los jueces de hecho y no a los de derecho; así, pues, si aquéllos no las declararon en el veredicto y éstos no hicieron uso de la facultad que les otorgan los artículos 537 y 554 del estatuto procesal, la Corte no puede asumir funciones atributivas y propias de los falladores de instancia.

b) Desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder

Objeta el recurrente la calificación de circunstancias de mayor peligrosidad, por cuanto — dice — "en el llamamiento a juicio y en el respectivo formulario

de preguntas al jurado no se hizo alusión a circunstancias de mayor peligrosidad, como son las que ahora determinan, sin prueba al canto, el Juzgado y el Honorable Tribunal, razón para que se prescinda ahora de esas circunstancias omitidas en tal enjuiciamiento y veredicto".

No señalaron el Juez y el Tribunal, es cierto, los numerales del artículo 37 que corresponden a las circunstancias de mayor peligrosidad que a Ballesteros dedujeron, pero eso no quiere decir que no se haya hecho referencia a ellas en el auto de proceder el cual, en su parte final (fs. 107, cuaderno 1º) resume los datos del proceso relativos a los antecedentes del infractor, a su personalidad, al arma que usó en la agresión, a la persecución contra Flórez y a los motivos del delito, así como también los relativos al estado de embriaguez en que se hallaba cuando acometió a Flórez y Valencia.

Pero si esta primera objeción no está conforme con el proceso, y no es, por eso, aceptable, menos lo es la otra es decir, la omisión en los cuestionarios de las circunstancias de mayor peligrosidad, y su razón es clara. No es el jurado — como se dijo — la entidad a la cual corresponde la función de calificar y apreciar tales circunstancias, sino al Juez de derecho, función ésta que una norma expresa — el artículo 499 del estatuto procesal — con innegable precisión ha determinado.

No existe, pues, el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder que el recurrente invocó como causal de casación.

IV. — Decisión del recurso

Del anterior estudio se deducen — como fundamentos del fallo — las siguientes conclusiones:

a) El Tribunal aplicó rectamente la ley penal, al situar el homicidio en el artículo 363, sin la atenuante del artículo 384, por cuanto sí fueron comprobadas las circunstancias de los numerales 5º y 7º del artículo 37 y declaradas por el jurado, y no lo fue en cambio la circunstancia de la riña imprevista, alegada por el recurrente; la aplicó erróneamente—en cambio — al no situar las lesiones en el artículo 374, ya que la pérdida de los tres dedos implica perturbación funcional permanente y no pérdida de órgano o miembro;

b) El Tribunal, no obstante el error anotado, aplicó rectamente la ley penal al fijar la pena de veinte años, en consideración a la figura del concurso material del artículo 33 y a las circunstancias de los artículos 36 y 37;

c) La apreciación y calificación de las circunstancias de peligrosidad corresponde a los jueces de derecho y nó a los de hecho, de modo que si el Tribunal las aplicó, no obstante no haber sido propuestas al jurado ni por éste declaradas, no existe la disconformidad alegada entre la sentencia y el auto de proceder del veredicto del jurado, y

d) El recurrente, en consecuencia, no fundó las causales primera y tercera de casación alegadas.

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal, — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y en desacuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, quien pidió que se declarara desierto este recurso, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por la cual — con aplicación de los artículos 33, 363 y 375 del Código Penal — condenó a Efraín Ballesteros a la pena de veinte años de presidio por los delitos de homicidio en Manuel Flórez y lesiones en Fidel Valencia, cometidos en la noche del trece de septiembre de mil novecientos cuarenta en el corregimiento "La Palestina", municipio de Istmina, Intendencia Nacional del Chocó.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello, Secretario.

LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO POSITIVO DE LA SANCION PENAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

VISTOS:

Miguel A. Torres ("Pájaro Verde" de sobrenombre), recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, del veintiocho de noviembre del año pasado, por la cual fue condenado a la pena de quince años de presidio por el delito de ROBO cometido en bienes del señor Arturo Matson y de su familia, en la población de Arjona, Departamento de Bolívar, en la noche del 25 (o madrugada del 26) de agosto de 1939.

Cumplidas las formalidades propias del recurso, se procede a decidirlo, — previo resumen de los hechos, actuaciones procesales y tesis de las partes — no sin que la Corte deje de lamentar que — por discrepancias doctrinales relativas a la interpretación del artículo 40 de la Constitución — la Procuraduría se haya abstenido de cooperar en el estudio de este importante proceso.

I. — El delito y el proceso

En la noche del 25 de agosto de 1939 o en la madrugada del siguiente, una persona escaló los muros de la casa que en la población de Arjona, en aquella época, habitaba la familia del señor Arturo Matson, y descendió así al patio o jardín; después — mediante perforaciones hechas con berbiquí en la puerta de la sala, que le permitieron su apertura — penetró al interior y, sin que ninguno de los habitantes lo sintiera, sustrajo todas las joyas de la familia, avaluadas en $ 1.719.67, y dinero en la cantidad de $ 925.00, y que aquella noche, como todas, la esposa de Matson — por miedo a su pérdida o sustracción — colocaba, envueltos en un solo paquete, bajo la misma almohada en que dormía.

Con base en el denuncio de Matson, que desde el principio señaló a Torres como autor, el alcalde de Arjona abrió esta investigación que — a pesar de las fallas que la ruta única indicada por el denunciante produjo — al Juez Primero Superior de Cartagena correspondió perfeccionar y también calificar. Torres, en consecuencia, fue llamado a responder en juicio criminal y con intervención del jurado, por el delito de robo, en la cuantía y circunstancias ya anotadas.

Además del auto de proceder — cuyo contenido será materia de análisis en este recurso — es conveniente enumerar las demás actuaciones judiciales que con él se relacionan, entre ellas las siguientes:

a) El cuestionario que el Juez propuso al jurado, sobre la responsabilidad de Torres en el delito de robo y los medios empleados para su ejecución, y que fue contestado afirmativamente;

b) La sentencia de primer grado, del 31 de agosto de 1945 por la cual — con aplicación de los artículos 402 y 404 del Código Penal — impuso a Torres la pena de seis años de prisión, considerando la inexistencia de circunstancias de mayor peligrosidad, y

c) La sentencia de segundo grado, del 28 de noviembre del año pasado, por la cual — con aplicación de los artículos 37 (numerales 1º, 2º, 3º, 5º y 6o.), 39, 398 (numeral 2º), 402, 403 y 404 del Código Penal — se reformó la sentencia del Juez Superior, en relación con la especie y cantidad de pena y se le fijó la de quince años de presidio.

II. — La demanda de casación

El memorial que Torres dirigió a la Corte no es, precisamente, aquel que — al tener las condiciones de forma y contenido del artículo 531 del estatuto procesal civil aquí aplicable — pueda considerarse como una demanda de casación; pero las objeciones que hace a la sentencia son tan claras, que la Corte—por el solo hecho de que el abogado que redactó la demanda se eximió de firmarla — cree necesario analizarlas a fondo con el propósito de determinar si el fundamento alegado es o nó jurídico.

De las causales invocadas — primera, segunda y tercera — la Corte prescinde de la segunda, ya que — en virtud de doctrina varias veces debatida y siempre confirmada — ella no es aplicable en juicios en que —como en éste — ha intervenido el jurado; si lo fuera, se reviviría — como se ha dicho — la causal de injusticia notoria del veredicto, excluída del Código vigente, por una parte, y por la otra se daría a la casación — desnaturalizándola así — el con-

tenido de instancia, conclusión opuesta a la orientación de la nueva legislación procesal; y en cuanto a la disconformidad que el recurrente cree existe entre la sentencia y el veredicto como base de la tercera causal, es tan falsa la razón invocada — la de que el jurado hubiera situado el delito en los artículos 403 y 405 del Código Penal — que ningún beneficio, práctico ni doctrinario, traería el detenerse en ella.

Descartadas las causales segunda y tercera, por los motivos que acaban de exponerse, el estudio se concreta a la causal primera o sea a la errada aplicación de la ley penal, y que — según el recurrente — se funda: primero, en que el Tribunal desechó la existencia de las circunstancias de menor peligrosidad, violando así el artículo 39 del Código Penal, y segundo, en que se le aplicaron — sin estar probadas — circunstancias de las enumeradas en el artículo 398 del mismo Código, lo que constituye violación de este artículo, así como del 403.

III. — Estudio del recurso

El Tribunal Superior de Cartagena impuso a Torres la pena de quince años de presidio — doce en virtud de los artículos 402 y 404, y tres en virtud de los artículos 398 y 403 — en atención a las circunstancias siguientes:

a) El escalamiento de muros y la perforación de la puerta de la casa que, configurando el robo agravado, producen una modificación en la especie y medida de la pena, y así ésta, que para el robo simple es de ocho meses a seis años de prisión, para el robo agravado es de tres a catorce años de presidio;

b) La cuantía de lo robado que, por ser mayor de dos mil pesos, impone — de acuerdo con los artículos 398 (numeral 2º) y 403 — aumento de aquella pena hasta en la mitad; y

c) Las circunstancias de mayor peligrosidad — en relación con la inexistencia de las de menor peligrosidad — de los numerales 1º, 2º, 3º, 5º y 6o. del artículo 37, es decir, los antecedentes de depravación y libertinaje, los motivos innobles o fútiles, la preparación ponderada del delito, y el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito cuando hayan dificultado la defensa del perjudicado o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente.

El Tribunal Superior, en síntesis, fijó la pena, así: doce años, con aplicación de los artículos 37, 402 y 404 (numeral 3º), y tres años, con la de los artículos 398 (numeral 2º) y 403.

Tres son, pues, las cuestiones que — sobre la base de la causal primera invocada por el recurrente — se estudian aquí como premisas de este fallo:

a) Los fundamentos y grado de la peligrosidad;

b) Los fundamentos de la agravación de la responsabilidad, y

c) Los fundamentos de la agravación del robo, mediante los elementos de agravación del hurto.

a) Fundamentos de la imputación

Como lo que Torres ataca, en el fondo, es la peligrosidad que el Tribunal le imputó, es necesario partir de esta noción y de su sistema de aplicación y deducir — de estas bases — si el Tribunal, al considerarla existente, violó — como Torres lo afirma — la ley penal, o si, por el contrario ésta fue correcta y debidamente aplicada.

La noción de la peligrosidad criminal en el sentido más generalmente aceptado, se explica por la capacidad, inclinación o aptitud para el delito, manifestadas en determinados actos o atributos específicos, que rigen y guían al Juez en la individualización de la pena o sea en la adaptación de la sanción represiva a la personalidad del infractor, en relación con su delito y con su readaptabilidad.

Quiere decir esto que la peligrosidad criminal, en su aspecto jurídico, esto es, como criterio positivo de la sanción penal — que es lo que aquí interesa — es una cualidad, de carácter fundamentalmente subjetivo, que se manifiesta y realiza sea en el delito por su gravedad y modalidades, sea por sus motivos determinantes, sea por la personalidad del delincuente, ya se tomen estos factores en su conjunto o separadamente. Son, pues, éstas las formas generales en que la peligrosidad criminal se concreta y al mismo tiempo los criterios que se adoptan en su determinación, según las doctrinas de la escuela criminal positiva resumidas en el Proyecto de Ferri; y como no se ciñó totalmente a ellas, la Comisión que elaboró el proyecto del Código colombiano, conviene — tratándose de analizar el criterio que el Tribunal de Cartagena adoptó en la determinación de la peligrosidad de Torres — hacer referencia al origen de las normas que la rigen y a su sistema de aplicación.

La mencionada Comisión, opuestamente a la orientación científica y doctrinaria seguida — al menos generalmente — en la redacción del proyecto, se apartó aquí de aquélla para asumir una nueva posición menos armónica con la escuela criminal positiva que con las intermedias que la precedieron, y así, si acogió — de acuerdo con aquélla — el criterio de la responsabilidad legal como fundamento positivo de la sanción, también acogió el de la peligrosidad, pero no ya como principal, esto es, en la categoría que le da la mencionada escuela, sino como uno de los va

rios criterios de aplicación de la sanción, como a continuación se explica.

El proyecto de Ferri de 1921, que en buena parte inspiró el Código vigente, establece — en los artículos 20, 21 y 22 del Capítulo II relativo a "La Peligrosidad" del Título II relativo a "El Delincuente" — los siguientes principios:

a) El de que la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad;

b) El de que el grado de la peligrosidad se determina por la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente;

c) El de que las circunstancias enumeradas en el artículo 21, en cuanto no se hayan previsto como elementos constitutivos o circunstancias modificadoras del hecho punible, indican una mayor peligrosidad en el delincuente, y

d) El de que las enumeradas en el artículo 22, cuando no han sido previstas de otro modo, indican menor peligrosisdad en el delincuente.

La Comisión colombiana, no obstante que reprodujo en los artículos 37 y 38 del Código, casi en su totalidad, las enumeraciones de las circunstancias indicativas de mayor o menor peligrosidad de los artículos 21 y 22 del proyecto de Ferri, se apartó luégo de éste y asumió una posición que, sin ser definidamente clásica, tampoco encaja dentro de las más destacadas escuelas que en oposición a aquélla no aceptaron las tesis del positivismo ortodoxo, y se situaron más o menos equidistantemente de los dos extremos. Así se deduce de la historia del artículo 36 del estatuto penal actual, cuya fórmula primitiva — la de la Comisión que revisó el Código de 1922 (Ley 109), aunque menos confusa que la vigente — revela la dirección doctrinaria.

"Dentro de los límites señalados por la ley — decía el proyecto de 1923 — se aplica la sanción al delincuente, en la medida de su responsabilidad. Esta se gradúa por la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las diversas circunstancias que lo acompañan y la personalidad del agente": Fórmula ésta que fue explicada en los términos siguientes: "Finalmente, todos los miembros de la Comisión convienen en que debe adoptarse un sistema intermedio entre el del Código actual (el de 1890) y el de la Ley 109, a saber: que se enumeren en la ley las circunstancias agravantes y atenuantes (que la Ley 109 había omitido) para que el Juez determine según ellas la cantidad de la pena, sin que la ley señale proposición fija entre cantidad de pena y número de circunstancias". La Comisión de 1922 fue, pues, lógica al hacer la enumeración de las agravantes y atenuantes, considerándolas como "circunstancias que agravan (o atenúan) la responsabilidad del delincuente, en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito.

La Comisión de 1934 (la que elaboró el proyecto del actual Código), fue menos lógica, pues si aceptó la agravación o atenuación de la responsabilidad mediante la aplicación de las circunstancias enumeradas en los artículos 37 y 38, en cambio en el artículo 36 — rompiendo el eje coordinador doctrinario — desechó la responsabilidad como medida de la pena, sin sustituír clara y expresamente este criterio por el de la peligrosidad, como parece haber sido el pensamiento original, y para los efectos de la sanción, como en el artículo 37 para los de la responsabilidad, a la personalidad del delincuente y a la gravedad, modalidades y motivos determinantes del delito, agregó las circunstancias de mayor o menor peligrosidad confundiendo así la peligrosidad como criterio de la sanción con los elementos básicos de su graduación, y en oposición a la afirmación reiterada en la Exposición de Motivos según la cual la Comisión, guiada por el principio defensista, adoptó — dice — "la actividad psicofísica como base o fundamento de la imputabilidad penal y la **peligrosidad social** — subraya la Sala— como medida de la responsabilidad". Y es afirmación ésta que no coincide — como ya se dijo — con la forma y contenido jurídico del artículo 36, aunque sí, e integralmente, con los del artículo 80 (ordinal c) en el cual la Comisión adopta, con entereza doctrinaria, la noción de la escuela criminal positiva, al prescribir, como condición para suspender la ejecución de la pena, que "su personalidad (la del delincuente), la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes den al Juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir".

Adoptado, pues, el criterio de la peligrosidad, no obstante la impresión doctrinaria de los artículos 36 y 37 en relación con otros del mismo Código, su graduación debe subordinarse a la gravedad y modalidades del delito, a sus móviles y a la personalidad del infractor.

El Tribunal de Cartagena, en la sentencia recurrida, se concretó al estudio de la personalidad de Torres, que deduce de sus antecedentes judiciales, de su habitualidad en el delito, de su conducta posterior al robo juzgado en este proceso (agresión armada contra las autoridades que lo aprehendieron), pero con omisión del estudio de los móviles del delito y de su gravedad y modalidades, omisión ésta tan-

to más grave, ya que si el delito es el punto de partida de la calificación de la peligrosidad criminal, es — al tiempo — y junto con los móviles, elemento o factor necesario en la valuación de la personalidad. No obstante esta omisión, los datos del proceso — aunque tan deficientemente instruído — sí revelan, y en grado alto, la peligrosidad de Torres.

Comprobado que este no ha tenido desde su niñez, actividad distinta a la del delito, es decir, que la clasificación antropológica que ocupa — la del delincuente habitual profesional — lo caracteriza como un casi inadaptable social; que fuera de los motivos propios del delincuente habitual contra la propiedad — ambición, avidez, codicia, etc.— Torres robó las joyas y el dinero a Matson con el fin de cancelar, con su producto, deudas adquiridas en cantinas; que Torres se ha evadido de los establecimientos carcelarios la mayoría de las veces en que, por causa de sus infracciones, ha sido detenido; que las modalidades especiales del delito juzgado en este proceso demuestran su habilidad delictiva; que su comportamiento posterior al robo a los Matson — precisado en la agresión a bala a la autoridad que lo aprehendió — revelan su capacidad para delinquir; y comprobado, finalmente, que su vida, anterior y posterior al delito, ha sido regida por una permanente actividad delictuosa, se llega a la conclusión de que los datos relativos al delito y a sus modalidades y motivos, así como a la personalidad en ellos manifestada, a pesar de la omisión del estudio psicológico y psiquiátrico que el Fiscal del Tribunal solicitó, se llega a la conclusión — se repite — de que Torres es un delincuente peligroso y de que, en consecuencia, el Tribunal, al calificarlo así, no aplicó errada ni indebidamente la ley penal.

b) Fundamentos de agravación de la responsabilidad

El Tribunal de Cartagena dedujo como circunstancias indicadoras de mayor peligrosidad las siguientes: los antecedentes de depravación y libertinaje, las condenas anteriores tanto judiciales como de policía, los motivos innobles o fútiles, la preparación ponderada del delito y, finalmente, las circunstancias de tiempo, lugar, instrumentos y modo de ejecución.

"Son varias — dice el Tribunal después de transcribir el artículo 37 integralmente — las circunstancias de las previstas las que concurren en la personalidad del señor Torres: consta que fue policivamente condenado y pagó la pena. Es deplorable que no se hubiera podido traer al proceso, por estar en aquel entonces en estado sumario el negocio, la prueba de que ha sido también judicialmente condenado por fuga, imponiéndosele como sanción dos años de arresto. La sentencia fue dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena bajo la ponencia del Magistrado doctor Gómez Naar, en fallo proferido en veinte de marzo del presente año. Aún cuando no pueda hacerse mérito de esa condena por no figurar la prueba en el expediente, no huelga la mención que se hace de ella. Es también igualmente deplorable que no se hubiera traído al expediente la noticia de la existencia de las sumarias que culminaron con la aludida condena. Con la circunstancia dicha operan también la de los numerales 1º, 3º, 5º y 6º No se registra en cambio ninguna circunstancia de las señaladas por el Código de menor peligrosidad. Sería, pues, contrario al espíritu de las disposiciones penales sostener con el Juez de primera instancia inofensividad en el encausado".

Entendido que éstas son, precisamente, las circunstancias que dan a la peligrosidad un grado mayor del ordinario y que, en consecuencia, agravan la responsabilidad para los efectos de la sanción, la Corte estudia en seguida las tesis del recurrente, quien — como ya se expuso — objeta la sentencia no sólo porque se le aplicaron circunstancias de mayor peligrosidad, según él no probadas, sino también y muy especialmente porque se le desconocieron otras de menor peligrosidad, esas sí probadas, tales como su indigencia y falta de ilustración y sus condiciones de inferioridad psíquica.

No fundó el Tribunal, es cierto, la calificación y apreciación de aquellas circunstancias, es decir, no enunció los hechos que, probados, apreciados y calificados, legalmente las constituyen, pero ello no significa que, al menos en alguna parte, no se hallen en el proceso acreditadas, y esa la razón del estudio separado que se hace.

Los antecedentes de depravación y libertinaje — no aquí probados — se refieren a la trasgresión de las normas de ética que rigen la vida social y que, sin configurar infracción penal alguna — delitos o contravenciones — sí encajan dentro de la noción del estado antisocial que el Juez, en la individualización judicial de la pena, no puede dejar de analizar; Torres — y es el único dato aquí allegado — tenía una amante, pero ello no constituye aún la vida de vicio y corrupción que, también etimológicamente, resume la noción de la circunstancia referida. La vida depravada y libertina requiere, pues, la prueba de hechos concretos, independientes de la inclinación al delito, que la determinan, y tanto más cuanto que la depravación y el libertinaje envuelven negación de los instintos éticos fundamentales e ineptitud para la convivencia social, de lo cual no hay en el proce-

so la constancia legal que en tal contingencia es indispensable.

Las condenaciones judiciales o de policía — comprendidas en la segunda circunstancia — no se relacionan, como el Tribunal en su estudio sobre la personalidad de Torres parece sugerirlo, con la existencia de la primera; es decir, no son elementos integrantes de la depravación o libertinaje, sino que forman una categoría independiente y separada que, al estar comprobada, caracterizarían el delincuente habitual o por tendencia, los mayores grados de la peligrosidad. Pero aquí no consta esa prueba. Torres — según los certificados de los Directores de las cárceles de Cartagena y Barranquilla y de las oficinas de policía de las mismas ciudades, ha ingresado allí, desde 1922, quince veces aproximadamente, sin que durante ese tiempo — de acuerdo con los certificados de los Jueces de Atlántico, Bolívar y Magdalena — haya sido condenado, salvo la referencia del Director de la cárcel de Barranquilla sobre cumplimiento de una condena por vagancia y la del Tribunal que, en la sentencia recurrida, asevera haber condenado a Torres por delito de fuga y en el que — según las constancias — es reincidente, y en grado tal, que le ha merecido el sobrenombre de "Pájaro Verde". Si, pues, el grado de la peligrosidad fuera a graduarse con base en el numeral 2º del artículo 37 no habría — según la prueba conducente y adecuada — elemento de juicio que fundara una decisión afirmativa, ya que si hay certificados de ingresos a establecimientos carcelarios, no hay copias de sentencias condenatorias, ni aún siquiera de las dictadas por fuga y por vagancia.

La preparación ponderada por el contrario es circunstancia cuya realización antecede a la mayoría de los delitos de robo, especialmente en los que — como el imputado a Torres — debieron de haber sido sometidos a un proceso analítico de localización de los objetos violados, de eliminación de obstáculos y de garantía del éxito del fin propuesto que, en todo caso, presupone un conjunto de estudios, deliberaciones y actos, y sin los cuales muy probablemente, el delito no se hubiera consumado. Muy detenido debió de ser el proceso mental que aseguró a Torres, sin obstáculos insalvables, el apoderamiento del cofre de joyas y del dinero que la esposa de Matson venía ocultando de noche bajo su propia almohada, aunque en ello hubiera cooperado — lo que no es imposible dado el éxito perfecto del plan — persona o personas cuyo descubrimiento, por no abandonar la ruta hacia Torres, abandonaron y desecharon los instructores.

Lo innoble o lo fútil, como cualidades del motivo del delito, no siempre coinciden con todos los delitos, el robo o el hurto, por ejemplo, en los cuales — más bien y en la mayoría de los casos — el motivo y el fin u objeto se confunden, al menos que el agente hubiera sido impelido a la sustracción no sólo por el propósito de lucro — constitutivo del hurto y robo — sino por el más aún antisocial o innoble de represalia o venganza contra los perjudicados. El perjuicio ocasionado por el delito, a que el Juez — equivocadamente — dio carácter de motivo, se relaciona mejor con la circunstancia del numeral 12 y no con la del numeral 3º; en suma, no aparece aquí claro el motivo innoble o fútil independientemente del objeto del delito.

Las circunstancias relativas al tiempo y lugar y a los instrumentos y modos de ejecución del delito, comprenden — según la explicación de la norma italiana de la cual deriva la del Código colombiano — toda modalidad delictuosa no específicamente precisada", de modo que dentro de esa noción encajan otras formas de graduación de la peligrosidad, subordinadas a aquellos factores — los del numeral 6º — pero siempre que demuestren insensibilidad moral en el delincuente o dificulten la defensa del perjudicado; pero en los delitos de hurto o robo tales factores — tiempo, sitio, modo — son circunstancias especiales de agravación cuya aplicación — lógicamente — excluye la de circunstancias de mayor peligrosidad en virtud del principio—**non bis in idem**—que impide sancionar o agravar más de una vez—y por el mismo motivo — una misma infracción.

En cuanto a las circunstancias indicativas de menor peligrosidad cuya omisión objeta el recurrente, no puede afirmarse que la indigencia y falta de ilustración — producto del abandono y desamparo en que Torres quedó desde los doce años por causa de la reclusión de sus padres en el Leprocomio — no hayan influído en su vida marcadamente antisocial, ni tampoco en este nuevo episodio de su carrera delictuosa, ya que lo contrario equivaldría a desconocer el factor familiar, social y económico, sea en la producción del delito si adverso a las condiciones normales de existencia, sea en su disminución si francamente favorable.

No es admisible, en cambio, la afirmación de que, al cometer el delito, se hallaba en condiciones de inferioridad psíquica causadas por circunstancias orgánicas transitorias, y la razón es — como en seguida se explica — obvia. El estado a que se refiere el numeral 12 del artículo 38 es incompatible con las modalidades especiales de un delito como el ejecutado por Torres, porque — además de que aquí falta la prueba psiquiátrica, única adecuada — no es presumible legalmente que ese delito, cuya ejecu-

ción fue tan hábilmente proyectada y realizada, demuestre un retraso mental con inferioridad psíquica y sí, más bien, una excelente y equilibrada organización mental para el delito, que es lo que más precisamente acusa la capacidad delictuosa o sea la peligrosidad del recurrente.

Se concluye que no todas las circunstancias de mayor peligrosidad que calificó el Tribunal ni todas las de menor peligrosidad que alegó el recurrente, pueden ser aquí — por inexistencia de prueba plena — computadas, sea para agravar, sea para atenuar la responsabilidad de Torres; pero aún así, excluyéndolas, la sanción — por razón de los factores referidos en el artículo 36 — no podría adaptarse al delito, en la medida fijada por el Juez, y que es lo que en concreto, se persigue en el recurso.

---

c) Fundamentos de la agravación del robo

La objeción del recurrente se dirige a la aplicación — que considera errada — de los artículos 398 y 403 del Código Penal por no existir en el proceso — dice — ninguna de las circunstancias específicas que señala el artículo primeramente citado".

No ataca el recurrente la sentencia — según lo transcrito — porque después de aplicada la causal de agravación del artículo 404 (escalamiento y perforación de puerta) en virtud de decisión del jurado, se hubiera también aplicado la del artículo 398 relativa al hurto agravado (cuantía de lo robado superior a dos mil pesos), sino porque no se acreditó en el proceso ninguna de las circunstancias del artículo acabado de mencionar. Pero el ataque es absolutamente infundado, ya que — mediante avalúo pericial — se comprobó que el valor de las joyas robadas llegó a la suma de mil setecientos pesos aproximadamente y la cuantía del dinero a novecientos veinticinco pesos, sin que ni el procesado ni su defensor hubieran oportunamente objetado tal avalúo.

Se anota eso sí, que el Tribunal no aplicó, junto con la causal segunda mencionada la tercera del mismo artículo 398, relativa al sitio y tiempo, ya que el delito — según los datos del proceso — fue ejecutado durante la noche y en la casa habitada por la familia Matson, circunstancias que habrían producido una modificación de la pena si el Tribunal las hubiera tenido en cuenta en el fallo.

III. — Decisión del recurso

No acreditadas — en la plenitud que exige la ley — todas las circunstancias del artículo 37 que el Tribunal dedujo a cargo de Torres y que influyeron tan decisivamente en la agravación de la responsabilidad y consiguientemente en el aumento de la pena, y sí acreditada una de las del artículo 38 que invocó el recurrente para fundar su objeción a la sentencia y cuyo desconocimiento también incidió en tal aumento, y siendo tales circunstancias — como efectivamente lo son — elementos de calificación de la peligrosidad y, por lo tanto, de la adaptación de la sanción al delincuente, la pena — por este único concepto — no puede ser la misma que el Tribunal impuso al recurrente, sino otra cuya fijación se subordine, además y especialmente, a la gravedad y modalidades y motivos del delito y a la personalidad del delincuente, elementos ya estudiados en una de las secciones precedentes de este fallo.

Calificada la infracción como robo (artículo 402), y agravada en virtud del artículo 404 (numeral 3º) que fija una pena, no de trece a catorce años como equivocadamente lo dijo el Fiscal sin objeción del Tribunal, sino de tres a catorce años, y agravada también en virtud del artículo 398 (numerales 2º y 4º) norma ésta relativa al hurto pero aplicable al robo por mandato del artículo 403 y que autoriza aumento hasta en una tercera parte considera la Corte, y en este sentido habrá de casarse la sentencia, que la pena de doce años de presidio, nueve en atención al artículo 404 y tres al artículo 398, se adapta al infractor, equivocadamente y con mayor justicia a la de quince años, y en cuya fijación en mucha proporción influyeron circunstancias de mayor peligrosidad no plenamente comprobadas.

En consecuencia — fundada que ha sido la causal primera invocada por errada aplicación de los artículos 36 y 38 del estatuto penal — la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y en desacuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, que solicitó se declarara desierto el recurso,

Resuelve:

A) Infirmar — como en efecto infirma — la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena del 28 de noviembre de 1944 por la cual condenó a Miguel A. Torres ("Pájaro Verde"), a la pena de quince años de presidio por el delito de robo en bienes de Arturo Matson y su familia, cometido en la noche del 26 de octubre de 1939 en la población de Arjona, Departamento de Bolívar;

B) Condenar a Miguel A. Torres ("Pajaro Verde") por el mismo delito, a la pena principal de doce

años de presidio, y al pago de los perjuicios causados por el delito, y

C) Confirmarla en cuanto a las penas accesorias a que fue condenado en la sentencia recurrida, con la reforma de que la interdicción de derechos y funciones públicas se reduce al tiempo de la pena principal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO CONTINUADO. — DELITO DE CORRUPCION DE MENORES.

A lo dicho ya por los expositores sobre delito continuado y en especial sobre si la continuación del delito es aplicable cuando existen varios sujetos pasivos o si la continuación sólo se opera cuando hay unidad o identidad de sujeto pasivo, agrega la Corte que la doctrina del delito continuado no tiene cabida cuando la norma penal viola o protege intereses individuales de diversas personas como sujetos pasivos del delito, porque en estos casos la unidad de designio resolución criminal y la intención del sujeto activo del delito se agotan en su plenitud en cada persona, con independencia de cualquiera otra acción que pueda anteceder o seguir en la comisión del delito. Es decir, se interrumpe la continuidad en referencia a la acción criminal que se ejecute con otra persona, dando cabida a un verdadero concurso material de delitos previsto en la disposición del artículo 33 del Código Penal. La continuidad de la intención criminal no puede presumirse cuando la acción vulnera derechos pertenecientes a la integridad personal del sujeto pasivo, porque el bien jurídico que protege la norma está individualizado con independencia del bien colectivo perteneciente a la sociedad. No puede existir continuidad de resolución en la ejecución de hechos que lesionan a diversas personas, porque esta intención finaliza o termina con la ejecución del acto externo cumplido en la persona lesionada. El delito en este caso es perfecto en sus elementos esenciales y la intención dolosa se agota como consecuencia del resultado obtenido. La unidad de designio y resolución llevada a efecto mediante la realización de un acto externo en contra de un bien o derecho individual perteneciente no a un grupo sino a persona determinada, no puede persistir cuando en diversos momentos separados por espacio de tiempo más o menos considerable, se ataca o lesiona, no el mismo derecho, sino un derecho perteneciente a distinta persona, que individualizado, la ley lo protege como bien particular.

El delito de corrupción de menores en varios sujetos implica pluralidad de acciones y cada una de ellas revela por sí sola la ejecución completa de un delito; y esas acciones violan una misma disposición penal, es decir, se cumplen a cabalidad los dos primeros supuestos del delito continuado.

La habitualidad no es lo que caracteriza el delito continuado, sino las condiciones determinadas por el artículo 32 del Código Penal. Por esto afirma Ferri, en su Tratado de Derecho Penal, que la figura del delito continuado no puede admitirse en beneficio del delincuente habitual o profesional.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Superior de ese Distrito, por la cual se condenó a Daniel Martínez Ríos a la pena de cuatro años de prisión, a la relegación a una Colonia Penal Agrícola y a las accesorias consiguientes, por la comisión de nueve delitos de corrupción de menores, ejecutados en varias personas de menor edad.

Hechos:

En la ciudad de Cali, en el barrio denominado "Loma de la Cruz", Daniel Martínez Ríos mantenía un expendio de víveres donde acudían varias niñas menores de edad a hacer sus compras. El procesado, aprovechando la ingenuidad de las menores, las introducía a su cuarto de habitación y allí ejecutaba actos de corrupción consistentes en tocamientos y frotaciones de los órganos genitales de dichas niñas. Estos actos se repitieron varias veces y en diversas ocasiones.

Los hechos fueron suficientemente comprobados respecto de nueve niñas cuya edad fluctúa entre los siete y once años. El procesado confiesa su delito y manifiesta que los actos de corrupción fueron ejecutados en veinte menores, pero sólo respecto de nueve niñas se demostró la existencia de estos ilícitos.

Los jueces de conciencia contestaron afirmativamente todos los cuestionarios que les fueron sometidos a su consideración, y con base en dicho veredicto, el Juzgado pronunció sentencia con fecha treinta de julio de mil novecientos cuarenta y dos, la que fue confirmada por el Tribunal, y contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación.

Demanda

Se invoca como causales de casación las previstas en los numerales primero y tercero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Dice el recurrente que la sentencia viola el artículo 325 en relación con el 33 del Código Penal, que contempla el concurso real o material de delitos; que los hechos investigados no originan un concurso real de delitos, sino un delito continuado; que en tal virtud, las disposiciones violadas son las de los artículos 325 y 32 de la ley punitiva; que la aplicación de las primeras disposiciones, en lugar de las segundas, llevó al Juzgador a violar la ley penal, por errónea interpretación e indebida aplicación de la misma. Y expresa:

"Los ilícitos que originaron el proceso hoy a cargo de S. S. tienen una sola denominación, y es la de "Corrupción de Menores" (Capítulo V Título XII, Libro II. del C. Penal). En este plenario no se han juzgado varios delitos cometidos separada o conjuntamente, o en otros términos, no fueron varias acciones que infringieron distintas disposiciones penales, para que se haya aplicado la penalidad del artículo 33 del Código Penal, que en sí contempla el verdadero concurso material de delitos o acumulación; el juzgamiento a que he sido sometido ha sido por una sola denominación genérica de delito que, como se ha dicho, es de "corrupción de menores", y que jurídicamente responde al llamado DELITO CONTINUADO, pues aunque fueron nueve los casos de corrupción de menores de que se me hizo responsable, se considera como un solo hecho, no no sólo por la homogeneidad del delito mismo, sino también por estar demostrado que respondieron a la ejecución de un mismo designio. Así que en este caso el Juez sentenciador, debió tener en cuenta y aplicar en forma debida, el artículo 32 del Código Punitivo".

Respalda estos puntos en la tesis del profesor Pessina, en la parte pertinente al delito continuado, para afirmar que el juzgador confundió lamentablemente el concepto de delito continuado, con el de concurso real o material de delitos, y que esa confusión es violatoria de la ley penal, por la primera causal invocada.

Se considera

La teoría del delito continuado no se encuentra establecida en todas las legislaciones positivas, como lo afirman los expositores de derecho penal, y en algunas de ellas, para evitar la acumulación de penas y en donde no existe disposición expresa sobre esta figura delictuosa, se aplican las disposiciones relativas al concurso ideal de delitos, como sucede en la legislación germana, que considera esta clase de ilícitos entre los casos sancionados como de pluralidad de acciones y unidad de delitos.

Carrara dice que con el fin de evitar una acumulación de penas que podría ser exorbitante tratándose de la represión de varios delitos contra la propiedad, se introdujo la doctrina de la continuidad, que tiene como finalidad práctica la de considerar, para efecto de la sanción, varios delitos como uno solo. "La teoría sutilísima de la continuación debe su origen a la benignidad de los prácticos italianos los cuales con todo esmero intentaron disminuir la pena de muerte infringida para el tercer hurto".

Esta doctrina, en la aplicación práctica de las penas, no puede considerarse aislada o independiente de los demás elementos esenciales que integran todo delito; ella debe relacionarse directamente con cada uno de sus componentes, para efecto de saber si en determinado caso existe o no un delito continuado, o si por el contrario, se trata de un verdadero concurso de delitos, o de un delito único.

En nuestra legislación positiva, la teoría del de-

lito continuado se halla consagrada en el precepto del artículo 32 del Código Penal, que considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio. En este precepto, aparte de las consideraciones especiales que integran todo ilícito, se establecen como supuestos del delito continuado, los siguientes:

1º—Pluralidad de acciones, de manera que cada una de ellas revele por sí sola la ejecución completa de un ilícito, en lo cual consiste la ficción que hace la ley de que todos estos hechos se consideren como un solo delito para efecto de la represión;

2º—Infracción repetida de una disposición de la ley penal. La violación repetida de la ley que protege el mismo bien jurídico, puede ser de una misma disposición, que ella mire a una misma especie de delitos, o como dice Florián, al título del hecho punible, aunque sea diverso en el grado y en las formas;

3º—Que todas las infracciones provenientes de varias acciones, sean la ejecución de un mismo designio, es decir, que la característica ("provenientes de varias acciones") es la de que se hallen ligadas por la unidad, en cuanto a la intención y resolución criminal. Todos estos hechos, como dice Pessina, están unidos en una sola conciencia delincuente, porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso.

El problema por resolver es el de si la continuación del delito es aplicable cuando existen varios sujetos pasivos, o si la continuación sólo se opera cuando hay unidad o identidad de sujeto pasivo. Los comentadores de derecho penal no se hallan acordes sobre este particular, pues mientras unos afirman la existencia del delito en la concurrencia de varios sujetos pasivos, otros la excluyen, sobre todo cuando se trata de delitos contra la vida y la integridad personal, porque la unidad de designio y resolución criminal se interrumpe por la consumación de cada delito en la persona del sujeto pasivo.

Estima la Corte que la doctrina del delito continuado no tiene cabida cuando la norma penal viola o protege intereses individuales de diversas personas como sujetos pasivos del delito, porque en estos casos, la unidad de designio o resolución criminal y la intención del sujeto activo del delito, se agotan en su plenitud en cada persona, con independencia de cualquiera otra acción que pueda anteceder o seguir en la comisión del delito. Es decir, se interrumpe la continuidad en referencia a la acción criminal que se ejecute con otra persona, dando cabida a un verdadero concurso material de delitos previsto en la disposición del artículo 33 del Código Penal.

La continuidad de la intención criminal no puede presumirse cuando la acción vulnera derechos pertenecientes a la integridad personal del sujeto pasivo, porque el bien jurídico que protege la norma está individualizado con independencia del bien colectivo perteneciente a la sociedad. No puede existir continuidad de resolución en la ejecución de hechos que lesionan a diversas personas, porque esta intención finaliza o termina con la ejecución del acto externo cumplido en la persona lesionada. El delito en este caso es perfecto en sus elementos esenciales y la intención dolosa se agota como consecuencia del resultado obtenido.

La unidad de designio y resolución llevada a efecto mediante la realización de un acto externo en contra de un bien o derecho individual perteneciente no a un grupo sino a persona determinada, no puede persistir, cuando en diversos momentos separados por espacio de tiempo más o menos considerable, se ataca o lesiona, no el mismo derecho, sino un derecho perteneciente a distinta persona, que individualizado, la ley lo protege como bien particular.

"La ley penal —dice el Procurador— protege el bien jurídico de la vida humana, pero la existencia de cada hombre en particular representa una entidad total y absolutamente separada e independiente de la existencia de otra persona. Quien con una sola acción aunque sea con diversos actos o con varias acciones suprime la vida a distintas personas, no puede tener un único designio porque los bienes jurídicos que vulneran están de tal manera distanciados, que no puede existir un puente que úna la conciencia criminosa del delincuente, como si se tratase de un solo hecho. Repugna a la razón el admitir que un delincuente no tenga en su ideación y en su volición la representación de los distintos daños que causa al cometer varios homicidios. Luego en esta clase de delitos, es inadmisible la aceptación del delito continuado.

"En la violencia carnal, el pudor personal, la libertad individual, el honor sexual son bienes tan personalísimos que cada hecho agota no solamente los elementos del delito, sino que pone un muro que impide la continuidad en el propósito cuando la violación se realiza sobre diversas personas. Y no sobra advertir a este respecto que sobre estas

infracciones, homicidios y violencias carnales, hoy día es unánime la doctrina y la jurisprudencia acerca de la imposibilidad de la existencia del delito continuado, como puede constatarse viendo a Manzzini, Magiore y Alimena.

"En resumen, la unidad en el designio sólo puede predicarse cuando se trata de diversos sujetos pasivos en los que el bien jurídico protegido está fusionado o confundido en una misma masa o en un solo haz, pero cuando aquel bien está individual o particularmente radicado en personas distintas, separado e independiente, aquella unidad es inadmisible".

El delito de corrupción de menores atenta contra la libertad y el honor sexual y consiste en la ejecución de actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal, o en actos que inicien, en cualquier forma, a las personas ofendidas, en las prácticas sexuales anormales. Los actos de corrupción pueden consistir en tocamientos lúbricos realizados en los órganos genitales del menor impúber, o en cualquiera otra acción que atente contra el pudor y el honor sexual de la persona en quien se cumplen estos actos.

La ley penal, en su artículo 325, determina los hechos que dan origen a la figura especial del delito de "Corrupción de Menores", pero esta circunstancia no excluye, en ningún caso, los elementos esenciales que concurren a la integración de todo delito. La Parte Especial en donde el Código determina el hecho y la sanción correspondiente a cada delito, no debe considerarse independiente de la Parte General de la ley, que estudia los factores estructurales del mismo, para saber si en determinado momento existe un delito continuado o un concurso ideal o material de delitos.

Cuando las niñas Aaida Zaa, Wesfalia Barona, Emma Jaramillo, Aida Marina, Irma y Margarita Jovel, Olga Lucía Mosquera, Josefina Sarria y Blanca Libia Rojas, en diversas ocasiones fueron a hacer compras al establecimiento de Martínez Ríos, éste aprovechándose de la ingenuidad de sus víctimas y de las dádivas que les hacía, las introducía a su habitación, les tocaba las partes pubendas y ejecutaba toda clase de actos inmorales distintos del acto carnal, consumando de esta manera un delito perfecto, individual e independiente, respecto de cada una de ellas. La materialidad de estos actos fue comprobada por el examen médico-pericial, y la responsabilidad fue confesada por el mismo procesado.

No se puede negar que en este caso existe pluralidad de acciones y que una de ellas revela por sí sola la ejecución completa de un delito; tampoco se puede poner en tela de juicio que esas acciones son violatorias de una misma disposición de la ley penal, es decir, se cumplen a cabalidad los dos primeros supuestos del delito continuado.

¿Podía hacerse igual afirmación respecto del tercer elemento? ¿La diversidad de acciones constituye la ejecución de un mismo designio? ¿Entre ellas existe cohesión de unidad criminal? No, porque al corromper a una de las niñas, a Wesfalia Barona, por ejemplo, se agotó el delito en todas sus fases, en sus cuatro elementos sustanciales, inclusive la intención criminal culmió con el resultado obtenido y con la violación de un bien personal individualmente protegido por la ley, con independencia de cualquier otra acción subsiguiente a la comisión del primer delito. La intención criminal se rompe cuando Martínez Ríos ejecuta actos de corrupción en otra niña, cualquiera que sea de las antes nombradas, porque como se ha dicho, el bien jurídico que protege la norma está individualizado con independencia del bien colectivo perteneciente a la sociedad. Por esto dice el Procurador:

"Ni aún aceptando que la finalidad del delincuente hubiera sido la de dañar la moral de la infancia en general, podría sostenerse la existencia de delito continuado, porque el pudor en general, la libertad sexual en abstracto, no fueron solamente los entes atacados con los hechos a que se refiere este expediente, sino que se vulneró y violó el honor sexual de cada una de las víctimas y se corrompió a cada una de las criaturas sobre las cuales hubo comprobación completa de los hechos, aunque es bien posible que otras muchachas también fueron perjudicadas en forma semejante".

El que Martínez Ríos sea un habitual en este clase de delitos, hábito adquirido por la repetición constante y persistente de los mismos hechos, a cuyo resultado pudo llegar por la impunidad de sus primeras acciones, no le quita a sus diversos actos el carácter de delitos independientes; pues la habitualidad no es lo que caracteriza el delito continuado, sino las condiciones determinadas por el artículo 32 del Código Penal. Por esto Ferri, en su Tratado de Derecho Penal, afirma que la figura del delito continuado no puede admitirse en beneficio del delincuente habitual o profesional.

La doctrina del delito continuado hay que analizarla frente a cada caso concreto. La concepción

abstracta o ideológica, aceptable en su integridad desde el punto de vista doctrinario, no puede aplicarse a la práctica, sino cuando, aparte de los elementos esenciales que integran todo delito, se cumplen los factores contemplados en el artículo 32 del Código Penal. La teoría de la continuación ideada por los prácticos italianos para atemperar el rigor de la pena en los delitos contra la propiedad, no es aplicable para los hechos que atentan contra la integridad personal o para aquellos que se cometen contra la libertad y el honor sexuales, porque en éstos la unidad de resolución o designio criminal se quebranta al verificarse el cambio de sujeto pasivo del delito, y porque el bien jurídico que protege la norma es individual y no colectivo. Las diferentes violaciones constituyen delitos independientes, que para efectos de sancionarlos, caen bajo el dominio del concurso real de delitos.

Si la sentencia reprime los delitos cometidos por Martínez Ríos, con aplicación del artículo 325, en relación con el 33 del Código Penal, en vez del 32 invocado por el recurrente, ella no es violatoria de la ley penal, porque en este caso no se trata de sancionar un delito continuado sino diversos delitos cometidos, no conjunta, sino separadamente sobre diferentes personas menores de edad.

Por estos motivos, la causal invocada no tiene fundamento y no prospera.

Causal tercera

"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

Afirma el recurrente que en el auto de proceder se lo llamó a responder en juicio criminal por un delito de "corrupción de menores", cometido en forma continuada en nueve casos; que la sentencia condenatoria se aparta del pliego de cargos mediante disposiciones que rigen el concurso material de delitos.

En el auto de proceder, el Juzgado, después de analizar los hechos y las pruebas pertinentes a su demostración, tanto en sus elementos objetivos y subjetivos, dijo que se trataba de un "concurso delictual", precisamente el que contempla el artículo 33 del Código Penal, cuando alude a la existencia de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzgan en un mismo proceso". Esta calificación fue aceptada por el Tribunal, en auto de veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

De manera que el cargo que se formula a Martínez Ríos en el respectivo auto de llamamiento a juicio, fue el de la comisión de nueve delitos denominados jurídicamente "De la Corrupción de Menores"; sólo que, para efectos de sancionarlos la ley los considera dentro de la figura que los tratadistas de Derecho Penal denominan "Concurso Real o Material de Delitos", prevista en nuestra legislación.

La sentencia que finalizó el proceso, en el considerando primero, hace expresa alusión a los cargos imputados, cuando dice:

"Desde el auto de proceder se dijo que estaba en presencia de un concurso de delitos, precisamente el que contempla el artículo 33 de la obra antes citada cuando alude a la existencia de varios ilícitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzgan en un mismo proceso. Sólo que en el caso presente la sanción para todos los ilícitos es idéntica, de manera que se aplicará la condigna a uno de ellos, aumentada hasta en otro tanto como dice el primer inciso del texto en mención".

De lo anterior se deduce que la sentencia, al imponer la pena, guardó perfecta relación con los cargos oportunamente deducidos en el auto de proceder. Allí se afirmó que se trataba de un concurso de delitos y la sentencia consideró violadas las disposiciones pertinentes al delito cometido (corrupción de menores), en relación con el artículo 33 del Código, que contempla el concurso real de delitos. Así, pues, la sentencia está en perfecta consonancia con las infracciones que motivaron el auto de llamamiento a juicio.

Por este aspecto, la causal invocada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA LA SENTENCIA pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Daniel Martínez Ríos a la pena principal de cuatro años de presidio, por la comisión de nueve delitos de corrupción de menores.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES

La facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse, generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por eso se violan situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador.

En materia de jurisdicción, no se ve claro cuál es el derecho procesal adquirido que directamente se arrebate cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta. Cuando la ley quiere que la jurisdicción y competencia se conserven en causas pendientes, lo dice expresamente, como lo hizo en el artículo 167 de la ley 40 de 1907.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El doctor José Villegas Pinzón pide se reponga el auto de septiembre último, proferido por la Sala en la controversia entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, respecto del conocimiento de unas excepciones, en segundo grado, que fueron presentadas en el juicio ejecutivo del municipio de Bogotá contra Emiliano Gutiérrez, para hacerle efectiva la suma de cuatrocientos sesenta pesos con ochenta centavos, provenientes "de los servicios de aseo y alumbrado" y en que está gravada una finca urbana de dicho señor Gutiérrez.

Para sustentar el pedimento aduce estas razones: 1º Cuando la ley 67 de 1943 entró en vigencia estaba ya el negocio al despacho del señor Magistrado para fallar la apelación. 2º El Tribunal Administrativo tendría que fallar en segunda instancia un juicio por jurisdicción coactiva, cuando la ley sólo lo autoriza para conocer en única instancia. 3º Existiendo una sentencia, cuya prelación correspondió a la justicia ordinaria, se violarían derechos procesales adquiridos a la apelación del fallo de primer grado, o situaciones concretas si el negocio pasara ahora al Tribunal Administrativo.

Preparado como está el recurso, la Sala entra a hacer el estudio que le incumbe.

El auto cuya reposición se impetra, tiene como basamento, de bastante consideración, el que el recaudo ejecutivo está formado por un reconocimiento hecho por la Tesorería Municipal de Bogotá, lo que significa que se trata de un acto de poder y no de gestión. Con tal fundamento, lógicamente llegó la Sala a resolver que la competencia en el negocio pertenecía al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ahora se invocan en la reposición razones de otra índole.

La apelación del fallo de primera instancia se concedió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial el 30 de noviembre de 1943, donde se le imprimió la tramitación legal hasta poner el asunto en estado de decisión. Se observa que el negocio se fijó en lista el 21 de febrero de 1944. En estas circunstancias entró a regir la ley 67 de 1943, en cuyo artículo 4º se dispone: "En los mismos juicios referentes a asuntos departamentales o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en una instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía sea menos de quinientos pesos".

Se trata, como es palmario, de un cambio de jurisdicción y competencia, lo que está pregonando que la ley que así lo establece tiene por modo general un carácter inmediato y obligatorio.

La facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse, generalmente, pues

no es aceptable afirmar que sólo por eso se violan situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador.

El artículo 1228 del C. J., que invoca el doctor Villegas, regula el tránsito del código judicial abolido al imperio de la ley 105 de 1931. Esta norma consagra en el fondo el mismo principio del artículo 40 de la ley 153 de 1887, cuyo texto, que va a transcribirse, tiene una aplicación más general: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". El fin de las excepciones que la norma consagra no es otro que salvarguardiar derechos procesales que tengan la condición de adquiridos. En materia de jurisdicción, no se ve claro cuál es el derecho procesal adquirido que directamente se arrebata cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta. Cuando la ley quiere que la jurisdicción y competencia se conserven en causas pendientes, lo dice expresamente, como lo hizo en el artículo 167 de la ley 40 de 1907.

En providencia, fechada el 13 de mayo de 1935, y que corre publicada en el número 1897 de la Gaceta Judicial, la Sala de Negocios Generales estudió la cuestión referente a una ley que cambia la jurisdicción o competencia en el caso de que esa mutación pueda afectar situaciones procesales adquiridas.

Al citarse el artículo 40 de la ley 153 de 1887, no se quiere significar con ello que las leyes de jurisdicción y competencia pertenezcan a la categoría de sustanciación y ritualidad. Esto no es así, como lo dijo la Sala, en la providencia citada, "las leyes referentes a la organización y funciones del poder judicial, o sea a la jurisdicción y competencia, no pueden confundirse con las de procedimiento propiamente dicho".

Los mismos argumentos que ahora se alegan fueron aducidos ante el Tribunal, cuya refutación es incontestable.

Cuando el conflicto es de jurisdicción, por ocurrir entre un Tribunal Judicial y uno Administrativo, como en el caso presente, el incidente se promueve de oficio. Desde este punto de vista parecería que las partes no tienen intervención alguna.

Con todo, la Sala admitió la solicitud de reposición y la tramitó, estimando, sin duda, que era equitativo reconocer en el petente un interés jurídico en el asunto.

En fuerza de lo discutido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, mantiene el auto reclamado.

Notifíquese, cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

DECISION DE UNA COMPETENCIA NEGATIVA

Declara la Corte que, en su sentir, un contrato de fianza para responder del manejo de un funcionario público, en su calidad de contrato accesorio a la obligación principal del funcionario obligado, no es un acto de gestión de la autoridad pública sino que sigue a este respecto la naturaleza jurídica del acto principal al cual accede. En este sentido tiene sentada la Sala jurisprudencia. En el caso de autos si la justicia contencioso-administrativa es competente para conocer del juicio de ejecución contra el deudor principal, parece no pueda admitirse, sin dividir con ello la continencia de la causa, que sea competente exclusivamente la justicia ordinaria para conocer de la misma acción contra el fiador solidario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock).

Corresponde a la Sala resolver en el presente juicio ejecutivo, seguido por la Nación contra Teodoro Amézquita y otros, acerca de la competencia negativa provocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al Tribunal Superior de Bogotá.

Fue enviado el negocio por este último Tribunal al conocimiento de la Corte y en esta superioridad se le ha dado la tramitación de rigor legal.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, cuyo concepto fue pedido por la Corte en relación con la competencia en referencia, hubo de manifestar en escrito de 19 de febrero último:

"El Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca promovió un incidente de competencia negativa, en el juicio en referencia, al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en lo relacionado con las excepciones propuestas por el ejecutado Amézquita.

"Se trata de una ejecución adelantada con motivo de los alcances deducidos contra el señor Amézquita en su calidad de Recaudador de Hacienda Nacional de Orocué, es decir, que la Nación sigue esta ejecución como entidad de derecho público en desarrollo de un acto de poder.

"En consecuencia, y de acuerdo con lo sostenido por esa Honorable Corte en su sentencia fechada el 26 de julio último proferida por la Honorable Sala Plena, el conocimiento de este asunto corresponde a la justicia **administrativa**, y no a la ordinaria".

Está de acuerdo la Sala con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil, que armoniza además con las razones expuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, en su auto de 14 de diciembre de 1944, por el cual aceptó la competencia negativa que le fue provocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cumple decir, sin embargo, que este último Tribunal, o sea el Administrativo de Cundinamarca, en la providencia en la cual provocó la competencia, que lleva fecha 20 de noviembre de 1944, expresó lo siguiente:

"Conforme a la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia dictada en la demanda sobre inexequibilidad de la Ley 67 de 1943, "los artículos 3º y 4º de la mencionada Ley son exequibles, salvo en cuanto a dichas disposiciones se refieren: 1º A incidente de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funde en un acto de gestión de la Administración, y 2º A tercerías, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundare en un acto de gestión de la Administración o un acto entre particulares".

"En el mismo fallo de la Corte y tratando de las excepciones, se dice:

"En forma que el recaudo de los juicios por jurisdicción coactiva, puede consistir en un acto de poder de la Administración, v. gr., un alcance o un reconocimiento; o un acto de gestión de la misma Administración; v. gr., **un contrato'**. (Subraya el Tribunal).

'En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio, se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación EMANA DE UN CONTRATO, O SEA DE UN ACTO DE GESTION, la excepción que se proponga plantea una cuestión relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluírse que de tales excepciones CORRESPONDE CONOCER A LA JUSTICIA ORDINARIA'.

"Se tiene, pues, que en este juicio se trata de hacer efectiva la obligación proveniente de un acto de gestión de la Administración, esto es, de un contrato de fianza que no puede tenerse como un acto de poder o de autoridad, como un acto unilateral;....."

Ahora bien: con la advertencia previa de que, habiendo sido apelada por el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales (auto sobre negativa de nulidad procesal, de fecha 17 de enero de 1941), dio ello lugar a la presente competencia negativa entre los Tribunales mencionados, declara la Corte que, en su sentir, un contrato de fianza para responder del manejo de un funcionario público, en su calidad de contrato accesorio a la obligación principal del funcionario obligado, no es un acto de gestión de la autoridad pública sino que sigue a este respecto la naturaleza jurídica del acto principal al cual accede.

Tiene sentada jurisprudencia esta Sala en el sentido expresado.

Ahora bien: con la advertencia previa de que, habiendo sido apelada una providencia dictada por el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales (auto sobre negativa de nulidad procesal, de fecha 17 de enero de 1941), dio ello lugar a la presente competencia negativa entre los Tribunales mencionados, declara la Corte que en su sentir, un contrato de fianza para responder del manejo de un funcionario público, en su calidad de contrato accesorio a la obligación principal del funcionario obligado, no es un acto de gestión de la autoridad pública sino que sigue a este respecto la naturaleza jurídica del acto principal al cual accede.

Tiene sentada jurisprudencia especial esta Sala en el sentido indicado, como puede verse del siguiente pasaje del reciente fallo (auto de 17 de abril proferido en asunto sobre competencia negativa suscitado en ejecución seguida contra el Sr. Marco A. Montoya López, y contra su fiador señor Ricardo Morales):

"En cuanto al señor Morales la ejecución se funda en los mismos alcances y en su calidad de fiador.

"Ha de tenerse en cuenta que la fianza es un accesorio de la obligación que trata de hacerse efectiva en el juicio por jurisdicción coactiva, y que por tanto la acción contra el fiador ha de seguir, en cuanto a competencia, la misma suerte de la obligación principal, tanto en la ejecución en sí misma como en las excepciones que se propusieren.

"Por tanto de las excepciones que en estos casos alegue el fiador, ha de conocer la autoridad contencioso-administrativa, correspondiente".

Además, si la justicia contencioso-administrativa es competente para conocer del juicio de ejecución contra el deudor principal, parece no pueda admitirse, sin dividir con ello la continencia de la causa, que sea competente exclusivamente la justicia ordinaria para conocer de la misma acción contra el fiador solidario.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia resuelve la presente competencia a favor del Tribunal Superior de Bogotá, al cual se comunicará por oficio la presente Resolución.

Enviése, en consecuencia, el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se sirva conocer del asunto.

Notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Jorge García M., Oficial Mayor en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR RAMON MIRANDA

De acuerdo con el estatuto que regula la competencia de los organismos de lo contencioso administrativo — Ley 167 de 1941 — todas las controversias que se originen en contratos celebrados por el Estado y las demás personas de derecho público están sustraídas del imperio de esta jurisdicción especial.

Lo anterior reza tanto con los contratos de derecho civil cuanto con los que se ajustan a los procedimientos especiales del derecho administrativo.

La ley ha atribuído expresamente tal competencia a la justicia ordinaria, como puede verse en varias disposiciones del Código Judicial vigente. Y de otro lado, la Ley 167 de 1941, también de modo perentorio ha establecido, en su artículo 73, una prohibición al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos para conocer de los negocios jurídicos que tengan origen en contratos celebrados por una entidad pública.

Son éstos los principios dominantes y los textos positivos que regulan en Colombia el contencioso de los contratos en que la administración es parte; y de conformidad con ellos no es posible justificar la excepción que hace la providencia anterior en cuanto admite que con base en un contrato accesorio de fianza para asegurar el manejo de un empleado, puede el Tribunal Administrativo conocer del incidente de excepciones que suscita la ejecución forzosa por alcance deducido al principal obligado y su fiador.

Con todo respeto disiento de la autorizada opinión de la Sala, porque considero que los términos de las leyes reguladoras de competencia en esta materia no dan margen para llegar a la conclusión adoptada. La misma Corte en su decisión de 26 de julio último sobre inexequibilidad de la Ley 67 de 1943, señaló las bases para desatar los posibles conflictos de competencia a que puede dar lugar el ejercicio de la jurisdicción coactiva; y de allí se desprende que los actos contractuales de la administración están fuera del conocimiento de los organismos de lo contencioso administrativo. Es cierto que en tal decisión se incorpora la doctrina francesa en boga en otra época, que divide la manifestación de voluntad del Estado, en actos de gestión y actos de poder o de gobierno, pero ello no obsta para que sin aceptar esta concepción doctrinal se llegue al mismo resultado, o sea que según la interpretación de la Corte a la Ley 67 de 1943 rige la competencia judicial ordinaria en todos los casos en que la base de la ejecución forzosa es un acto contractual de la administración.

Con anterioridad a este fallo, la misma Corte había dicho a propósito de la acción de inconstitucionalidad del artículo 258 del Código de lo Contencioso Administrativo:

"La norma acusada como inexequible o sea el artículo 258 de la precitada Ley 167 de 1941, pugna con la norma constitucional numeral 3º del artículo 148 de la Carta, por cuanto somete la caducidad de un contrato a la decisión de la jurisdicción contencioso-administrativo, desconociendo por lo tanto el principio del numeral 3º de la Carta ya citado, porque la declaración de caducidad de un pacto bilateral, en un negocio en que tenga parte la Nación, constituye una cuestión contenciosa, atribuída para su resolución a la Corte Suprema, por imperio constitucional. Y si esto es así, dentro del terreno de la Ley positiva dictada por el constituyente, también lo es en el de los principios generales en que se inspira la norma aludida, y en el de la distinta naturaleza y fines, que distinguen y separan las dos jurisdicciones, la ordinaria judicial y la contencioso-administrativa".

Por lo demás es sabido que el suscrito, en el proyecto de ley que es el actual Código de lo Contencioso Administrativo propuso las disposiciones para atribuír al Consejo de Estado y a los Tribunales Aministrativos el conocimiento de las controversias que pudieran suscitarse entre la Administración y cualquier persona o entidad ligada a ella por contratos relativos a la construcción de obras o prestación de servicios públicos de toda especie. Pero aunque el sistema y las disposiciones que lo consagraban (artículos 265 y 266 del proyecto) fueron acogidos por la Cámara de Representantes, no ocurrió lo mismo en el Senado de la República, en donde fue rechazada tal ponencia por considerársele contraria a los mandatos de la Constitución Nacional.

Estimo que lo expresado hasta aquí es suficiente para abstenerme de compartir los puntos de vista contenidos en la providencia anterior, y mantener mi opinión de que el conflicto de competencia sobre que ella versa debió decidirse conforme a las tesis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ramón Miranda.

RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO

Con respecto a costas de un juicio, dice la Sala, es difícil apreciar el criterio subjetivo que informa aquella institución, puesto que no es evidente siempre la justicia o temeridad que aparezca en un pleito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El doctor J. Germán Villa, en su propio nombre, promovió demanda ordinaria contra el municipio de Ibagué y la Nación, con fecha 22 de octubre de 1942, con la finalidad de que se hicieran las siguientes declaraciones:

1º Resolución del contrato de compraventa celebrado entre el municipio de Ibagué y el demandante, constante en escritura pública número 946 de 17 de diciembre de 1938 de la Notaría Primera de ese Circuito, sobre un lote de terreno denominado "Estación de Picaleña" de una extensión de cuarenta y dos hectáreas y 1,258 metros cuadrados y alinderado en la forma como allí se expresa.

2º Que en consecuencia se reivindica por el demandante el referido terreno, siendo obligatorio para la Nación entregarlo dentro del término de tres días.

3º Que quedan canceladas las correspondientes notas de registro verificadas por virtud de las operaciones entre el demandante y el municipio de Ibagué, y entre éste y la Nación.

Los hechos básicos de la demanda pueden resumirse así:

Primero. Que el actor negoció con el municipio de Ibagué la venta del mencionado lote, con el compromiso de que se le pagaría de contado el precio convenido.

Segundo. Que al firmarse la escritura, el representante del municipio le manifestó al actor que para poder dar las órdenes de pago era preciso firmar previamente el instrumento, lo que se realizó, con la declaración de haberse recibido el precio, sin que ello fuera evidente.

Tercero. Que en la cláusula quinta escrituraria se expresó que el gravamen hipotecario sobre el terreno, objeto de la venta, sería levantado por el Banco acreedor, lo cual no se verificó, pues éste sólo se limitó a consentir en el registro de la escritura.

Cuarto. Que aunque el actor no ha recibido el precio, el municipio hizo donación del inmueble a la Nación.

Quinto y Sexto. Son consideraciones jurídicas con citas del código civil respecto del problema de derecho que suscita el demandante.

Séptimo. Que elevó un memorial al municipio para que se certificara si aparecían o no pagados los $ 1.191.93 a que se refiere la escritura, pero que no obtuvo la certificación.

Octavo. Que él hizo entrega del terreno que posee la Nación.

Noveno. Que aunque la escritura se firmó el 17 de diciembre de 1938, el registro sólo se hizo efectivo el 21 de agosto de 1941, sin culpa suya.

Décimo. Que teniendo derecho a la resolución del contrato y a la devolución del terreno, demanda también a la Nación en reivindicación.

Tanto el señor Fiscal del Tribunal, como el Personero del municipio de Ibagué, descorrieron el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones de ella.

El Tribunal falló así la controversia:

"En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Civil del Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ABSUELVE a la Nación y al municipio de Ibagué de los cargos de la demanda ordinaria que en su contra propuso el doctor J. Germán Villa ante este Tribunal el 22 de octubre de 1942.

"Condénase en costas al demandante".

Apelada la sentencia por el demandante llegó a esta Sala el negocio, donde se preparó con toda la tramitación legal hasta ponerlo en momento de decisión a la que se procede, considerando:

El Tribunal **a quo** hace el siguiente análisis que es un trasunto de las constancias procesales:

"El actor únicamente se limitó a sostener que el municipio, valiéndose del ardid de que para poder girar la respectiva orden de pago se requería que antes se firmara la escritura, lo había hecho de buena fe, pero sin recibir ninguna suma de dinero.

"Por su parte el municipio afirma que el pago se hizo mediante la compensación por una deuda de im-

puestos a cargo del demandante, quien a su turno lo ha negado diciendo que el Banco Agrícola Hipotecario estaba comprometido a pagar tales impuestos, por virtud de un gravamen hipotecario que a su favor había constituído sobre la finca Perales, de la cual hacía parte el lote comprado por el municipio.

"Pero es lo cierto que el doctor Villa no adujo prueba alguna de que el Banco hubiera pagado tales impuestos. Presentó unos recibos expedidos por la Tesorería Municipal el 3 de diciembre de 1938, pero directamente a favor de él, por concepto de impuesto predial, de alumbrado y aseo y de caminos, durante los años de 1922, 1928, 1929 y 1930 a 1938. Estos recibos habrá oportunidad de confrontarlos con las pruebas que adujo el municipio.

"También presentó el doctor Villa varios certificados expedidos por los dos Notarios de este Circuito y el Segundo del Circuito de Bogotá, con el propósito de demostrar hechos relacionados con los contratos de mutuo con gravámenes hipotecarios celebrados por el demandante con el Banco Agrícola Hipotecario sobre la finca de Perales y otros bienes inmuebles.

"Aparte de que dichos certificados no parecen conducentes en su contenido para acreditar el hecho del nó pago, ellos deben desecharse como prueba, porque, salvo casos expresamente determinados por la ley, los certificados de los Notarios sobre lo que consta en los Protocolos, no son pruebas adecuadas para ser exhibidas en juicio, ya que los funcionarios públicos sólo pueden certificar sobre hechos que pasen ante ellos y de que no quede constancia en los archivos correspondientes (artículo 632 del C. J.)

"La escritura pública, para ser estimada como prueba, se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del Protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida", dice el artículo 630, ibidem.

"En cambio el municipio trajo copia auténtica de varias piezas que reposan en los libros y documentos de la Sección de Hacienda Municipal, de la Tesorería y de la Contraloría del municipio.

"Esas piezas fueron complementadas con una minuciosa inspección ocular que practicó el Tribunal en las respectivas oficinas, con intervención de peritos, de todo lo cual resultó lo siguiente:

"Que por Acuerdo número 15 de 30 de marzo de 1938, el Concejo Municipal aprobó una póliza de contrato de compraventa con el doctor Villa sobre el lote materia del litigio, donde se estipuló como precio de venta la suma de seiscientos diez pesos siete centavos ($ 610.07), para pagar el cual se hizo el correspondiente contracrédito al Departamento de Obras Públicas;

"Que por Acuerdo número 51 del 23 de diciembre del mismo año, se reformó el anterior en el sentido de aumentar el precio a la suma de mil ciento noventa y un pesos noventa y tres centavos ($ 1.191.93), suma ésta en la cual se aumentó también el cómputo del presupuesto de rentas por concepto de impuesto predial, de alumbrado y de aseo;

"Que en libro de Acuerdos Municipales de 1938, llevado en la Sección de Hacienda Municipal, se hizo el asiento de los acuerdos referidos en los dos apartes anteriores;

"Que en el libro de Erogaciones Presupuestales Municipales de la misma oficina, se hizo un asiento al folio 192, de acuerdo con el cual fue refrendada una cuenta a favor del doctor Villa por la segunda de las sumas expresadas atrás;

"Que en los libros de Impuesto Predial, de Alumbrado y Aseo y de Caminos de la Tesorería, y en el de relación de Ingresos Diarios, correspondientes a los años de 1922, 1928, 1929 y 1930 a 1938, se constató cómo el doctor Villa aparecía como deudor de los respectivos impuestos, que sólo fueron cancelados el 3 de diciembre de 1938, esto es, pocos días antes de otorgarse la escritura de compraventa del lote de terreno;

"Que en libro de Caja o de Cuenta y Razón de la misma Tesorería, se hicieron los asientos de contabilidad correspondientes a los acuerdos mediante los cuales se aprobó la póliza y se aumentó el precio del lote referido;

"Y que en los talonarios de cheques correspondientes al mes de diciembre de 1938, se constató que el día 3 se expidieron varios así: uno a favor del Banco Agrícola Hipotecario por treinta y cuatro pesos quince centavos ($ 34.15), a buena cuenta del lote vendido; otro por seis pesos ($ 6.00) a favor de la Recaudación de Rentas Departamentales, correspondiente al valor del impuesto del registro de la escritura número 946; otro por tres pesos sesenta y dos centavos ($ 3.62) a favor del Personero Municipal, con destino al pago de los gastos de tal escritura; y otro por mil ciento cuarenta y ocho pesos diez y seis centavos ($ 1.148.16) a favor del Tesorero Municipal, **para pagar los impuestos del doctor Villa**, en la cuantía señalada por los recibos de la Tesorería presentados por él mismo a este juicio;

"Y que tanto en la Contraloría Municipal como en la Sección de Hacienda de la Alcaldía figura, en original y en copia, con la imputación del caso y la constancia de haber sido pagada, y con la firma del doctor J. Germán Villa, una cuenta a su favor y a cargo del Tesoro Municipal de Fondos Comunes por la suma de mil ciento noventa y un pesos noventa

y tres centavos ($ 1.191.93), valor del lote de terreno de cuarenta y dos hectáreas y unos cuantos metros cuadrados con destino al aérodromo de Picaleña. Esta cuenta aparece revestida de los requisitos de aprobación por parte del Personero y del Presidente del Concejo, de ordenación por parte del Alcalde, de radicación por parte de la Sección de Hacienda, de refrendación por parte de la Contraloría y de pago a favor de la Tesorería, desde luego que aparece con nota de recibo autorizada por el doctor Villa.

"Todos los hechos que anteceden, constatados en inspección ocular por el Tribunal Superior y por peritos, como consecuencia de su observación personal sobre libros y documentos públicos, sacan avante al municipio en la afirmación de que el precio de la compraventa del lote de Perales se verificó por medio de una compensación con una deuda de impuestos atrasados a cargo del doctor Villa, compensación que para ser legalizada, requería algunas de las formalidades a que se ha hecho referencia".

Dice el artículo 1934 del Código Civil:

"Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores".

La jurisprudencia ha estimado, reiteradamente, que la prenombrada disposición permite prueba en contrario entre las partes contratantes, cuyas declaraciones hacen plena fe en su contra hasta que su fuerza haya sido destruída con pruebas de la misma categoría y eficacia, como sería un acto escrito, un principio de prueba por escrito o una confesión.

En el cuaderno de pruebas del actor en primera instancia, no hay ninguna que sea suficiente para destruír la afirmación que hace el doctor Villa en la escritura de haber recibido el precio.

En esta segunda instancia tal situación no se ha modificado con las pruebas aducidas por el apoderado del doctor Villa visibles en el cuaderno pertinente donde aparecen las siguientes escrituras:

La número 599 de 4 de julio de 1928, Notaría Segunda del Circuito de Ibagué, por la cual J. Germán Villa toma a mutuo con interés una suma de cuatro mil pesos al Banco Agrícola Hipotecario;

La número 212 de 29 de mayo de 1941 de la Notaría Segunda del Circuito de Ibagué, por la cual J. Germán Villa hace dación en pago de un lote de terreno allí expresado, a favor de Carlos Sarmiento, Alfredo Garrido y Santiago Rendón;

La número 1708 de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, sobre dinero recibido en mutuo del Banco Agrícola Hipotecario;

La número 942 de 21 de noviembre de 1927 de la Notaría Primera del Circuito de Ibagué, por la cual J Germán Villa toma una suma de dinero en mutuo e hipoteca el lote allí referido.

De estos documentos nada puede inferirse en lo concerniente al no pago en que se basa la resolución del contrato, ni de ellos aparece que la solución de los impuestos compensados hubiera sido cubierta por el Banco.

En relación con todo esto dice el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"Alega el demandante ante esa Honorable Corte, que el pago correspondiente a una expropiación es especialísimo y que, por tanto, no puede compensarse o sujetarse a las mismas reglas que otros pagos. A esto debe contestarse que aun en el caso de que se trate de una expropiación, la compensación debe tener lugar, porque la compensación es un fenómeno que se opera ipso facto, por ministerio de la ley. Y se efectúa siempre que concurran los requisitos exigidos por el código civil, es decir, que existan dos deudas recíprocas entre las mismas partes. Efectuándose, pues, por ministerio de la ley, la compensación actúa siempre que concurran aquellas circunstancias, sin que sea necesario estudiar cuál es la causa de las obligaciones recíprocas.

"Por lo demás, está probado que el señor Villa adeudaba los impuestos mencionados al municipio de Ibagué y que éste no hizo otra cosa que pagarse esos impuestos con la suma correspondiente al valor del terreno que el señor Villa le vendió, como expresamente se manifestó al girar los cheques respectivos".

Lo expuesto sería más que suficiente para absolver al municipio y a la Nación demandados, pero respecto de ésta, en el caso sub-examen, no podría admitirse prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura y sólo en virtud de esta prueba habría acción contra ella como tercera poseedora.

En lo atinente a costas del juicio, la Sala estima que, en ese punto, debe enmendarse la sentencia recurrida, ya que siendo difícil apreciar el criterio subjetivo que informa aquella institución resulta lo más indicado la no condenación en ellas. Varias sentencias de esta Corporación han puesto de presente, cómo "la justicia o temeridad de un pleito no siempre se presenta con caracteres traslúcidos, de suerte que quien creyendo que está investido de un derecho o de una acción demanda, no por esa circunstancia obra fatalmente con malicia". (Casación, noviembre 26 de 1941, y marzo 30 de 1939).

En mérito de lo discutido, 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 7 de octubre de 1943, con la reforma de que no se hace condenación en costas en la primera instancia.

Sin costas en esta segunda instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — El Conjuez, **Gabriel Rodríguez Ramírez. — Nicolás Llinás Pimienta.** Secretario.

SE ORDENA DICTAR UN FALLO NO DEFICIENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio catorce de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock).

El Tribunal Superior de Pasto, con fecha doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, pronunció sentencia definitiva en el presente juicio, iniciado por el señor Livio Schiavenato contra el Departamento de Nariño, por demanda de 3 de noviembre de 1939, la cual dio pie a la de reconvención presentada por el Departamento expresado contra el señor Schiavenato y otros el día 5 de febrero de 1940.

La sentencia definitiva mencionada del Tribunal de Pasto trae la siguiente parte resolutiva:

"Con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, falla:

"I. — ABSOLVER al Departamento de Nariño de los cargos que contra él dedujo el demandante en su libelo de 3 de noviembre de 1939.

"II. — DECLARAR IMPROCEDENTE la demanda de reconvención propuesta por el doctor José Elías Dulce, como apoderado del señor Gobernador del Departamento".

Contra este fallo interpusieron recurso de apelación ambas partes litigantes y habiendo llegado el momento de decidir en definitiva por parte de la Corte, al efecto se considera:

Durante esta segunda instancia surgió un incidente sobre nulidal de lo actuado, acerca del cual es ante todo necesario hacer referencia.

En efecto: el señor Procurador Delegado en lo Civil, en escrito de 4 de agosto de 1943, presentado ante la Corte, dijo lo siguiente:

"En el juicio en referencia, atentamente propongo ante esa Honorable Corte el correspondiente incidente para que, previa la respectiva tramitación, declare la nulidad de todo lo actuado desde el auto de admisión de la demanda, fechado el 7 de noviembre de 1939, o, en subsidio, desde el auto de fecha 14 de febrero de 1940 (fl. 9, cuaderno 2), por haberse incurrido, en el presente negocio, en las causales de nulidad establecidas en el artículo 448 del C. J. en sus numerales 2º y 3º;

"En efecto, el representante legal del Departamento de Nariño dentro de un juicio como éste es el señor Fiscal del Honorable Tribunal Superior, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 176 del C. J. en sus numerales 1º y 3º A pesar de ello, en el juicio en referencia, el demandado ha señalado, también, como representante judicial del Departamento al señor Gobernador, quien intervino en el litigio por medio de apoderado. El Honorable Tribunal acogió en el auto admisorio de la demanda la sugestión del actor y, en tal virtud, ordenó correrle traslado de la demanda al señor Gobernador, de tal manera que éste ha intervenido, a todo lo largo del juicio, como representante legal del Departamento, sin tener personería para tal efecto. Por tal hecho se incurrió en la segunda causal de nulidad establecida por el artículo 448 del C. J., que establece como tal en toda clase de juicios 'la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante'.

"Hay que observar, además, que el Departamento de Nariño tenía suficientes motivos para instaurar demanda de reconvención contra el demandante, y que así lo hizo el apoderado del señor Gobernador. Sin embargo, esta demanda de mutua petición no puede ser sustentada por este Despacho ni puede ser resuelta por esa Honorable Corte, como no lo fue por el Honorable Tribunal Superior, por cuanto que estuvo incoada por quien no tenía personería suficiente para entablarle, ya que el Gobernador no es, en juicio, el representante legal del Departamento. Por tal motivo, el Departamento de Nariño no ha quedado plenamente representado en el caso de autos y es el caso de que esa Honorable Sala decrete la nulidad anotada.

"Pero observa también la Procuraduría que el auto fechado el 14 de febrero de 1940, dictado por el Honorable Tribunal, visible a folio 9 del cuaderno número 2, no fue notificado personalmente al señor Fiscal del mismo Tribunal, por lo cual se ha incurrido también en la nulidad establecida en el artículo 448 del C. J., numeral 3º, que fija como causal de nulidad en todos los juicios 'la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio' y bien

sabido es que conforme a lo dispuesto por el artículo 312 del C. J. las notificaciones que se hagan a los empleados públicos en su carácter de tales deben hacerse personalmente.

"Con base en lo expuesto solicito:

"a) — Que por haberse incurrido en el presente negocio en la causal de nulidad establecida en el numeral segundo del artículo 448 del C. J. se declare nulo todo lo actuado desde el auto fechado el 7 de noviembre de 1937 por medio del cual se admitió la demanda en el caso de autos, previa la correspondiente articulación según lo establecido por el artículo 456 del C. J.

"b) — En subsidio, que por haberse incurrido en la causal de nulidad establecida en el numeral tercero del artículo 448 del C. J., esa Honorable Sala declare nula toda actuación a partir del auto que lleva fecha 14 de febrero de 1940, visible al folio 9 del cuaderno número 2".

Tramitado el incidente vino luégo el auto pronunciado por el señor Magistrado sustanciador, de fecha 28 de septiembre de 1943, en el cual se resolvió:

"1º — Niégase la anulación pedida respecto de todo el juicio, a partir de la notificación de la demanda;

"2º — Declárase nulo lo actuado exclusivamente sobre la demanda de reconvención propuesta, a partir de su presentación".

Habiendo sido interpuesto el recurso de súplica contra este auto del señor Magistrado sustanciador, la Sala Dual de la Corte, en providencia que lleva fecha 24 de febrero de 1944, decidió así en definitiva:

"Por lo expuesto, la Sala **dual** reforma la providencia reclamada, en el sentido de decidir que no es nulo este juicio en ninguna de sus partes".

Para la mejor comprensión de las razones que tuvo en cuenta la Sala Dual para llegar a la conclusión de no ser nulo el juicio, se copian literalmente en seguida los considerandos pertinentes de esa resolución:

"En principio, la Sala Dual comparte la opinión del señor Procurador, en el sentido de que la nulidad que afecta la tramitación de la demanda de reconvención se extiende también a la de la demanda, de tal manera que en tales circunstancias el juicio en su totalidad es nulo. Esta tesis es consecuencia ineludible de la **unidad** que debe existir en todo proceso judicial, según los principios legales reguladores de este proceso. De tal suerte que de no obrar en este negocio la circunstancia de que se hará mérito en seguida, sería el caso de decretar la nulidad total del juicio.

"Por lo que hace a la tramitación de la demanda, es indiscutible, como lo anota el ponente con firme apoyo en la realidad del proceso, que el señor Fiscal intervino en la primera instancia como representante legal de la entidad demandada, sin que por este aspecto pueda alegarse la existencia de ninguna causal de nulidad.

"Ahora bien: en lo atinente a la tramitación de la contrademanda, que es precisamente la que el recurrente estima nula, por cuanto aquélla no se promovió por el señor Fiscal del Tribunal **a quo**, sino por el apoderado especial del Departamento demandado, la Sala dual advierte que dicho Fiscal, en la etapa final de la primera instancia, o sea al presentar su alegato de conclusión (fls. 24 a 26, cuaderno número 2), hizo una expresa referencia a la contrademanda, analizando y destacando sus fundamentos, con el ánimo de que el juzgador hiciera las declaraciones impetradas por el contrademandante.

"Esa actitud del señor Fiscal, en sentir de la Sala, entraña no solamente la ratificación tácita de la demanda de reconvención formulada por el apoderado del Departamento, sino también la ratificación de todo lo actuado con ocasión de dicha demanda. Debe advertirse, además, que el señor Fiscal aparece notificándose personalmente de todas las providencias dictadas por el Tribunal con posterioridad al auto en que se dispuso correr traslado de la contrademanda. En el particular pueden verse las constancias de fls. 10 v., 11 v., 20 v., 21, 21 v. y 22 del C. número 2.

"Y que el señor Fiscal tenía facultad legal para ratificar la referida actuación, se desprende claramente del artículo 460 del C. J., a términos del cual la **única** actuación que no pueden ratificar los agentes del ministerio público es la que proviene de incompetencia de jurisdicción, salvo 'por causa de utilidad manifiesta judicialmente declarada'.

"De consiguiente, no existen en este juicio ninguna de las causales de nulidad propuestas por el señor Procurador".

Y sea ahora la oportunidad de volver sobre el fallo definitivo de primera instancia dictado por el Tribunal de Pasto.

Pues bien: El Tribunal para el efecto de declarar en la parte resolutiva de su fallo "improcedente la demanda de reconvención propuesta por el doctor José Elías Dulce, como apoderado del señor Gobernador del Departamento", presentó las razones que en seguida se transcriben:

"Se apuntó ya que el señor Gobernador del Departamento, quien también fue demandado por el ingeniero señor Schiavenato, constituyó como su

apoderado al doctor José Elías Dulce, y éste, por medio de libelo de 3 de febrero de 1940, en ejercicio de dicho poder, promovió demanda de reconvención contra el señor Schiavenato, actor en la demanda principal y contra sus fiadores, señores Francisco Muriel y Carlos A. Zarama V.

"Al hablar de las generalidades de la demanda principal, expresó el Tribunal que, de conformidad con el artículo 176 del C. J., numeral 3º, corresponde únicamente a los Fiscales de los Tribunales Superiores representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales; de modo que el señor Gobernador del Departamento aun cuando estuviera figurando como demandado, de ninguna manera podría intervenir en este juicio, menos por medio de apoderado constituído sin las formalidades respectivas, para poder contrademandar, ya que esta función, de acuerdo con el artículo 742 del C. J., corresponde al sujeto pasivo de la relación jurídica procesal.

"El artículo 173, ibidem, faculta, es cierto, a los Gobernadores para celebrar contratos con abogados para que representen al Departamento en los litigios de importancia excepcional o en que, por razón de la distancia, o incompatibilidad de funciones, no puedan representar a dicha entidad los respectivos Agentes del Ministerio Público; pero esta disposición está subordinada al cumplimiento de varias formalidades como se verá en seguida.

"En primer lugar, el Gobierno, bien sea nacional, departamental o municipal, debe hacer constar en un acto propio de su actividad — decreto o resolución— que el pleito está comprendido dentro de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 173 y, luégo, debe proceder a la celebración del contrato con el abogado.

"En el caso en estudio, el señor Gobernador, por medio del memorial de 12 de diciembre de 1939—folja 20 del cuaderno I — confirió poder al doctor Dulce para que conteste la demanda a nombre del Departamento de Nariño y para que demande en reconvención al señor Schiavenato y a sus fiadores y, como en el expediente no figura el contrato respectivo, ni tampoco el decreto o resolución que indique los motivos por los cuales la Gobernación decidió la intervención de un abogado en este pleito, no puede el Tribunal aceptar como legal la actuación del doctor Dulce en la contrademanda que es objeto de este análisis.

"Exclusiva y privativamente es el Ministerio Público el representante en juicio de la entidad Departamento, salvo el caso previsto por el artículo 173, de donde se deduce que sólo el señor Fiscal del Tribunal, único funcionario que tiene la personería sustantiva para representar al Departamento y que, por lo mismo, es el único demandado en este juicio, podría instaurar la demanda, la reconvención, siendo por lo tanto, improcedente la intentada por el doctor Dulce, como apoderado del señor Gobernador.

"El artículo 173 ya citado tiene como antecedente legislativo el artículo 12 de la Ley 169 de 1896 y en este precepto, cuando se juzgara conveniente ocurrir a un abogado, se disponía que el contrato debería ser aprobado por el Gobernador, si se trataba de negocios con el Departamento, lo cual daba a entender que correspondía al señor Agente del M. P. la celebración del contrato respectivo. En la actual legislación la ley faculta al Gobierno para celebrar tales contratos, pero, según lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, esa autorización sólo abarca 'lo que pudiera llamarse la parte administrativa del mandato, esto es, la cuantía del honorario, su forma de pago y demás estipulaciones de esta índole que afecten el presupuesto.....'"; pero en lo que se refiere propiamente al mandato judicial, cuando es un Departamento el interesado en el litigio, es claro que corresponde al señor Fiscal del Tribunal, se repite, único representante de la entidad, la facultad de conferir ese mandato.

"Lo que se acaba de expresar lleva a la conclusión de que el doctor Dulce carece de personería sustantiva para contrademandar, ya que ni siquiera su poderdante, el señor Gobernador, tiene capacidad para ser parte en este pleito, dirigido contra el Departamento de Nariño; falta, por consiguiente, en la estructura de este negocio uno de los presupuestos procesales de mayor importancia y, por lo mismo, debe ser declarada la improcedencia de la demanda de reconvención".

Como bien se comprende por esta transcripción del fallo de primera instancia, el Tribunal, en lugar de anular lo actuado si consideraba que la representación del Departamento no había sido legítima por lo que respecta a la demanda de reconvención (artículo 455 del C. J.), optó por hacer una declaratoria de improcedencia en cuanto a dicha demanda de reconvención .

El caso en consideración no originaba un problema de personería sustantiva, como lo dijo el Tribunal, en el sentido de que ni el Gobernador, ni su apoderado doctor Dulce podían entablar la demanda, cual si estuvieran demandando en causa propia, sino un problema de personería adjetiva de dichas personas y ya que ellos no se presentaron a demandar para sí y en interés propio, sino que lo hacían en favor del Departamento mismo que, dada la natura-

eza del caso, estaba investido de plena personería sustantiva para hacerlo en la correspondiente demanda de reconvención.

Mas el error del Tribunal a este respecto fue subsanado por la Corte en esta segunda instancia, en cuanto trató el problema de nulidad existente, por ilegitimidad de la personería del demandante en virtud de la indebida representación del Departamento en la primera instancia, habiendo admitido al propio tiempo la Sala como solución definitiva la existencia de la ratificación de lo actuado en el juicio, hecha por el representante genuino en esa época del Departamento ante la autoridad judicial, o sea por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pasto.

Y si el auto de la Sala Dual de la Corte es ley del proceso, como efectivamente lo es, precisa llegar a la conclusión lógica de que el fallo de la primera instancia, por cuanto declaró "improcedente la demanda reconvención", y merced a la simple mala representación de carácter adjetivo de la parte demandante en reconvención, es un fallo en el cual en realidad se abstuvo el Tribunal de decidir sobre la expresada demanda de reconvención.

Y si la Corte fallara hoy acerca de ella habría de pretermitir la primera instancia en cuanto a la demanda misma de reconvención, acerca del fondo de la cual no hay motivación siquiera, ni considerando alguno en el referido fallo del Tribunal Superior. Y mal podría la Corte pretermitir esa primera instancia sin incurrir desde luego en una violación de los principios procesales y aun en usurpación de jurisdicción al tenor de lo establecido en los artículos 198 y 148 del Código Judicial, el último de los cuales expresamente declara que "usurpan jurisdicción los superiores cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores".

Si pudiera interpretarse la decisión del Tribunal acerca del punto al cual se viene haciendo referencia como una declaración de absolución del señor Schiavenato, indudablemente la demanda de reconvención podría considerarse fallada en primera instancia y apto por consiguiente ese fallo para que recayera sobre él el de segundo grado, de competencia éste de la Corte.

Empero, es obvio que a esta solución, que podría tildarse de ser absurda y carente de fundamentos jurídicos y de razón, mal habría de llegar la Corte por la simple circunstancia de que el Tribunal, erradamente, expresó en la parte motiva de su fallo, indudablemente por simple equivocación en las denominaciones, que se presentaba el evento de falta de personería sustantiva del Departamento, la cual deficiencia de personería normalmente estaría llamada a significar carencia de derecho, o falta de acción para pedir el reconocimiento de éste.

Tampoco podría tomarse ese fallo como un aplazamiento para juicio posterior de la decisión del punto controvertido en la demanda de reconvención, toda vez que a ello habría de oponerse el mandato del artículo 481 del Código Judicial, según el cual: "los Jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de cuestiones que hayan sido materia del pleito".

Como la demanda de reconvención fue materia del pleito, al fallar el Tribunal sobre la demanda principal era de rigor fallar también sobre el fondo de la referida demanda de reconvención.

Todo esto aparte de la íntima vinculación existente, según las constancias de autos, entre las causas de la demanda de reconvención y la causa propia de la demanda principal, fallar ésta sola equivaldría a dividir, en forma por todo concepto injurídica, la continencia de la causa (artículos 397 y 398 del C. J.) Y de que, como ya se vio, la Sala Dual de la Corte en providencia ejecutoriada reconoció la unidad procesal en este asunto por el aspecto de la nulidad que hubo de alegarse, aunque ésta en principio afectara directamente sólo la demanda de reconvención.

De manera que este aspecto de la unidad procesal lleva también a la conclusión de que la Corte no puede entrar a conocer sólo acerca del fondo de la demanda principal, aunque ella sí fue fallada por el Tribunal, por cuanto el fallo de éste ha debido recaer igualmente sobre lo pedido en la demanda de reconvención; mas respecto de ella, como se ha venido sosteniendo, no dictó sentencia el Tribunal, en forma tal que si acerca de tal demanda conociera hoy la Corte habría de pretermitir una de las instancias.

De consiguiente el presente juicio ha de fallarse en el sentido de revocar la sentencia apelada y volver el negocio al Tribunal de origen a fin de que dicte fallo no deficiente.

Por razón de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º — Revócase la sentencia del Tribunal Superior de Pasto dictada en el presente juicio con fecha doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos;

2º — El asunto volverá al Tribunal de Pasto a efecto de que dicte nueva sentencia definitiva tanto respecto a la demanda principal como a la demanda de reconvención.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Aníbal Cardoso Gaitán, Germán Alvarado, Víctor Cock, Ramón Miranda, Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Es bien sabido que en casos como el del preceso, para poder fallar en orden a la responsabilidad civil extracontractual, es necesario establecer los tres elementos generadores de ésta: es decir, la culpa, el perjuicio deducido de ella y la relación de causalidad entre los dos. El primero de los elementos enunciados incumbe probarlo a la parte actora, siempre y cuando no se trate de actividades peligrosas, en las cuales la culpa se presume en la parte demandada, la que sólo se liberta de la presunción si demuestra fuerza mayor, caso fortuito o una intervención de agente extraño, que puede ser la propia víctima del accidente.

En el caso del proceso estima la Corte que la presunción de que habla el artículo 2356 del Código Civil no determina la responsabilidad, porque existe una verdadera compensación de peligrosidad en la actividad desarrollada por las dos embarcaciones que chocaron. No se está en presencia de una actividad peligrosa desarrollada únicamente por la lancha de la Nación, sino que la ejercida por el bote "Caquetá" lo es igualmente, con los mismos caracteres. De manera que siendo igualmente peligrosas las actividades de las dos embarcaciones, la presunción de culpabilidad de que habla el artículo 2356 del Código Civil no rige exclusivamente para la parte demandada, sino que se presume en ambas partes la culpa. Hay una presunción de culpabilidad solidaria en ellas. Y siendo ambas solidarias, el demandante puede dirigir su acción contra cualquiera de ellas, quedando siempre favorecido con la presunción en contra del demandado, en este caso en contra de la Nación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio diez y seis de mil novecien cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El doctor Enrique Arrázola, como apoderado de los esposos Leonídas M. Vásquez y Felicidad González de Vásquez, demandó ante el Tribunal Superior de Barranquilla a la Nación, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

1ª — Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los esposos Vásquez, ocasionados con la muerte de su hijo Octavio M. Vásquez ocurrida el día ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno en la ciudad de Barranquilla;

2ª — Que consecuencialmente la Nación debe pagarles las siguientes sumas, así: por concepto de perjuicios materiales, quince mil pesos ($ 15.000.00); por concepto de perjuicios morales, dos mil pesos ($ 2.000.00). En total la cantidad de diez y siete mil pesos ($ 17.000.00) moneda legal. Pidió el apoderado en subsidio por concepto de perjuicios materiales, la cantidad que el Tribunal fijase cído el concepto de peritos y de acuerdo con lo probado en la instancia; y por concepto de perjuicios morales, la cantidad que decidiese el Tribunal "entre $ 0.01 y $ 2.000.00, moneda corriente. Apoyó sus peticiones en las disposiciones legales siguientes: Código Civil: artículos 2341 a 2360 y concordantes; Código Judicial: artículos 76, 734 a 763 y concordantes.

Hechos de la demanda

1º — En las horas de la madrugada del día ocho de septiembre de 1941, más o menos a las cuatro y cuarenta (4,40), la lancha del Resguardo Nacional de Aduanas de Barranquilla, denominada "Aduana IV", que subía por el río Magdalena, chocó con el bote denominado "Caquetá", que bajaba. Este hecho tuvo lugar frente al Terminal Marítimo de Barranquilla y se desprendieron de él "daños de consideración" para la última de las embarcaciones nombradas.

2º — Como piloto de la lancha "Aduana IV", iba el señor Eduardo Betancourt, empleado en el Resguardo Nacional de Aduanas de Barranquilla;

3º — Viajaban en el momento en que se verificó el accidente en el bote "Caquetá", las siguientes personas:

Pedro Acuña (patrón); José Manuel de la Hoz (marinero); Enrique Cantillo (marinero); Federico Ferreira (dueño del bote); Ana Isabel Sosa (pasa-

jera); Aurora Navarro (pasajera); Julia Miranda (pasajera); José Antonio Altamar (pasajero); Ricardo Ferreira (pasajero); OCTAVIO VASQUEZ GONZALEZ (pasajero).

4º — Como consecuencia del choque de las dos embarcaciones el señor Octavio Vásquez González sufrió las siguientes fracturas, que horas más tarde (septiembre 8 de 1941) le ocasionaron la muerte: "fractura de las dos clavículas, con desgarramiento de ambas arterias subclavias; fractura de las costillas 3ª, 4ª, 5ª, y 6a. del costillar derecho; y desgarramientos de la pleura y en el parénquima del pulmón derecho".

5º — Fueron igualmente lesionados en el citado choque los señores Francisco de la Hoz y Ricardo Ferreira, quienes sufrieron la fractura del "tercio externo de la clavícula izquierda", y "la fractura del tercio medio de la clavícula derecha", respectivamente.

6º — En la minuta del Cuerpo de Guardia de la Capitanía del Puerto de Barranquilla, el precitado accidente se relacionó en la siguiente forma: "4 y 5: sale la lancha "Aduana IV" con el guardia Hernández P., que va de servicio para el vapor "Cabimas"; 4 y 45, el guarda Benedetti A., de servicio en el tajamar, informa que no ha ocurrido novedad; 4 y 45, regresa la lancha "Aduana IV", después de dejar de servicio en el vapor "Cabimas" al guarda Hernández. El piloto rinde el siguiente informe: **"Señor Oficial de guardia del muelle. — Informo a usted que siendo las cuatro y cuarenta, viniendo de llevar al guarda al vapor Cabimas, tropecé con un objeto que resultó ser un bote que venía viajando sin ninguna luz de señal, por cuyo motivo no lo vi a distancia. (Fdo.) Betancourt, piloto de turno.** — 9|8|41—; 4 y 50 — Se fondea al vapor "Cabimas", de bandera colombiana, y queda de vigilancia el guarda Hernández P., como custodia. — 5 y 30 — Regresa el dragón Araque J. de recorrer los servicios y da por terminada la supervigilancia sin novedad. (Fdo.) **Alberto Zúñiga, Díaz Granados,** Secretario.

7º — El hecho causante del siniestro de que se ha hecho mención se debió a la "impericia o descuido culposo" del señor Eduardo Betancourt en su calidad de empleado nacional y como piloto de la lancha del Resguardo que conducía. Dicho siniestro bien hubiera podido evitarse "si el piloto del auto bote hubiese entonces conducido su nave con la diligencia, el cuidado y la pericia, que se requieren para desempeñar a cabalidad las funciones de su oficio". Lo afirmado se deduce de los hechos que a continuación y entre otros, se enumeran:

"a) — La lancha "Aduana IV" es una motonave de buena velocidad y fácil maniobra. Se maneja o se manejaba, cuando ocurrió el accidente, con timón y barra de cambio, y estaba acondicionada para virar en redondo en un trayecto no mayor de quince metros. El motor de la lanchá, a raíz del siniestro que motiva esta demanda, fue hallado en perfectas condiciones de servicio por los peritos Angel M. Fontalvo y José Antonio Ortiz, a quienes designó para su examen el señor Inspector 2º Municipal de esta ciudad.

"b) — El bote "Caquetá", a la inversa, es lento, pesado y difícil de maniobrar, y no reúne ninguna de las excelentes condiciones náuticas de la lancha que piloteaba el empleado Betancourt.

"c) — El bote "Caquetá" llevaba una linterna encendida en la proa cuando sobrevino el accidente. No así la motonave del Resguardo, que subía el río, a toda marcha, con las luces totalmente apagadas.

"d) — En el lugar y a la hora en que ocurrió el siniestro, es decir, en el río Magdalena, a las 4.40 de la madrugada del 8 de septiembre de 1941, había la suficiente visibilidad como para que el piloto de la lancha, señor Betancourt, hubiese podido distinguir la silueta del bote "Caquetá", a una distancia de cincuenta metros o más.

"e) — El bote "Caquetá", por razón de ir bajando, era el llamado a escoger el agua, es decir, la vía. El piloto de la lancha, por tanto, debió poner su nave en condiciones apropiadas para que se cumpliera esta regla consuetudinaria de la navegación en el río Magdalena.

"f) — Los tripulantes y pasajeros del bote "Caquetá", prorrumpieron en gritos de pánico y alarma cuando se les vino encima la motonave del Resguardo, voces que debieron ser oídas antes del choque por el piloto de la última, si se hallaba entonces en condiciones físicas adecuadas para dirigir su nave".

8º — La muerte temprana del señor Octavio Vásquez González hijo de los esposos Vásquez, ha ocasionado a éstos serios perjuicios de orden material, ya que el occiso les prestaba ayuda económica, y prometía prestársela a sus padres en el futuro, a fin de ayudarlos a subsistir dignamente y de acuerdo con la posición social poseída o por poseer.

Se afirma a este respecto los hechos siguientes que sirven o dan base a los demandantes para fundamentar el perjuicio material que dicen se les infligió con la muerte de su hijo Octavio Vásquez González:

a) Que el hijo falleció a los veintidós años de edad y que el padre y la madre tienen actualmente cincuenta y cuarenta años, respectivamente.

b) Que las condiciones físicas y psíquicas del hi-

jo antes del accidente eran las de un hombre normal. "equilibrado y de buena salud". No padecía de ninguna enfermedad que pudiera catalogarse como "peligrosa o mortal".

c) Las condiciones físicas de los padres, guardada proporción, se equiparan a las del hijo, y permiten suponer, dentro del relativismo con que deben apreciarse los hechos futuros de tal naturaleza, que su vida podrá prolongarse, no menos de veinte años, la del padre, y de treinta, la de la madre".

d) Que los demandantes mantienen en la costa una posición social intermedia, gozando del aprecio y de las consideraciones de los coterráneos. Asímismo no poseen bienes de fortuna y sólo subsisten del trabajo diario del jefe del hogar.

e) Que el padre o jefe del hogar señor Leonidas M. Vásquez sostiene con su trabajo a siete hijas que habitan todas "el hogar común".

f) Que el señor Octavio M. Vásquez, "un poco antes de morir" devengaba un sueldo de cincuenta pesos mensuales ($ 50.00) moneda corriente como empleado del Departamento del Atlántico.

g) Que Vásquez, el hijo accidentado, aunque no tenía una cultura universitaria, era honorable, capacitado, de mediana posición y "cuyas condiciones personales lo capacitaban para producir no menos de $ 100.00 moneda legal cada mes.

"9º — La muerte prematura de Octavio M. Vásquez G., aparte del daño puramente material, ha quebrantado de tal modo el espíritu de sus padres y herido a tal extremo sus sentimientos afectivos, que en mucho tiempo no podrán restablecerse del desequilibrio moral que en ellos produjo el fallecimiento del hijo. Singularmente en el padre, como consecuencia de su estado aflictivo, se ha operado una merma o disminución de sus facultades para el trabajo y un desgano, muy justificado, hacia aquellas actividades que presuponen un esfuerzo considerable y el juego pleno de la voluntad".

Impuesto el señor Fiscal del Tribunal de la demanda, contestóla haciendo notar que ninguno de los hechos de ella le constan, como tampoco las conclusiones deducidas. Se opuso a que se hicieran las declaraciones en cuestión, y negó los fundamentos de derecho en que los demandantes apoyaron su demanda. Seguido el trámite ordinario el negocio fue abierto a pruebas, que se pidieron y practicaron como consta de autos. Vencido este término, se ordenó correr traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión, y falló el Tribunal.

Sentencia del Tribunal

En fallo de fecha ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, el Tribunal Superior de Barranquilla condenó a la Nación a pagar a los esposos Leonidas M. Vásquez y Felicidad González de Vásquez, por concepto de perjuicios materiales, los que se fijen en la oportunidad señalada por el artículo 553 del código judicial, y por perjuicios morales, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente. Para hacer esta condenación el Tribunal dio entre otras las siguientes razones:

"..... Sin entrar aún en el análisis jurídico de los hechos imputados por la parte actora a la Nación, lo cual se tratará más adelante, y circunscribiendo la observación de la Sala, por ahora, al examen de las pruebas aportadas al debate, será preciso establecer ante todo, si ellas reúnen o no los requisitos esenciales que la ley procesal determina para su validez, eficacia y consiguiente mérito probatorio. Estatuye el Código de Procedimiento Civil — artículo 697 — que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley". Otra norma del derecho procesal preceptúa que el testimonio debe ser responsivo, exacto y completo. Ahora bien, examinados los testimonios de los señores Federico Ferreira, Francisco de la Hoz, José Altamar, José Manuel de la Hoz, Carlos Enrique Cantillo, Aurora Navarro Silva, Pedro Acuña García, Julia Miranda de García, Ricardo Ferreira Caballero y Ana Isabel Sosa, producidos en el juicio por la parte actora en relación con el hecho generador de la culpabilidad imputada al Estado, evidencian a la luz de esas normas procedimentales del derecho que el acaecimiento del trágico suceso se debió a negligencia y descuido del señor Eduardo Betancourt, piloto de la motonave denominada "Aduana IV", de propiedad del Gobierno Nacional, pues que la mayoría de los mencionados testigos presenciales del hecho afirman de modo uniforme y conteste que al ocurrir la colisión de dicha nave con el bote "Caquetá", a consecuencia de la cual perdió la vida el señor Octavio Vásquez González, aquélla viajaba sin luz y el bote, en cambio, sí traía una lámpara que fue despedazada por los efectos del choque; que a pesar de la visibilidad de una y otra embarcación a esa hora (cinco y cuarto de la mañana aproximadamente), amén de los gritos de confusión y de espanto de los pasajeros del bote "Caquetá" al percibir a una distancia de cincuenta metros, más o menos, la inminencia del choque, Betancourt, piloto de la susodicha motonave del Gobierno, no obró, como debió hacerlo, con la pericia, la diligencia y cuidado necesarios para evitarlo; y, por último, que Betancourt, inexorable e indolente ante el desgarrador espectáculo de los heridos que yacían en el bote "Caquetá" y que en contorsiones de dolor y de angustia clamaban

por su ayuda después del siniestro, emprendió vertiginosa marcha sin preocuparle en poco la suerte de las víctimas de su impericia, descuido o negligencia".

Respecto de las pruebas aducidas por el representante de la Nación, el Tribunal las consideró insuficientes o de ninguna virtualidad para destruír la culpabilidad imputada al piloto de la lancha "Aduana IV", señor Eduardo Betancourt, concluyendo de tal suerte, que la culpa extracontractual o aquiliana, es decir, el hecho culposo o ilícito por parte del empleado de la Nación, se encuentra plenamente demostrado a través del proceso, dando así origen a una obligación por parte de la entidad demandada de indemnizar el daño ocasionado con la muerte del señor Octavio Vásquez González. A juicio del Tribunal el señor Eduardo Betancourt no empleó la pericia, el cuidado y la diligencia necesarios para evitar el siniestro, y por tanto, la Nación, que tenía bajo su inmediata dependencia y vigilancia a éste, considérase civilmente responsable del hecho culposo de su subordinado y en la obligación de indemnizar los perjuicios morales y materiales deducidos de él. Manifiestos encontró el Tribunal los elementos integrantes de la prueba de la culpa extracontractual o aquiliana por el elemento probatorio acompañado a los autos, es decir, el hecho culposo, el daño sufrido y la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

En la valuación del perjuicio material razonó la entidad de primera instancia en la siguiente forma:

"..... En este proceso, ha habido avalúo pericial del daño material. Los peritos justiprecian ese daño en la cantidad de $ 17.168.60. Para ello fúndanse en el cálculo de la futura vida de Octavio Vásquez González, teniendo en cuenta que cuando murió contaba veintidós años de edad, y se trataba de un muchacho trabajador, capaz y honorable; combinando estas circunstancias con el sueldo de $ 50.00 mensuales que devengó en el último de sus empleos para ir aumentando progresivamente sus ingresos a razón de un 10 % anual, hasta completar los veinte años fijados como máximo, sacan un promedio ideal de $ 143.09 mensuales, situando el valor del auxilio para los padres en la mitad de esta suma, es decir, en la suma de $ 71.54 mensuales, lo que multiplicado por veinte años da el total de la cantidad fijada por ellos como perjuicios materiales. Este avalúo es inaceptable porque se basa sobre una conjetura: que la mitad de los futuros proventos del hijo necesariamente beneficiarían durante toda la vida de éste a los padres. El simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, no les lleva de suyo una disminución patrimonial futura. Nadie puede escrutar el porvenir para determinar en qué condiciones, primero, que el hijo llegara a ser el apoyo y sostén de sus progenitores, y segundo, el valor del auxilio. Por tanto, la utilidad económica futura de los padres fundada en la prolongación de la vida del hijo es muy incierta. En manera alguna sirve de factor determinante del daño material. Como puede verse, el dictamen de los peritos se funda en hechos hipotéticos que no tienen respaldo alguno en el proceso, pues no existe prueba alguna del quebrantamiento que con la muerte del hijo sufrieron los demandantes; se ignora qué fuente de provecho económico derivaran los padres del hijo; ni está demostrado que él con el producto de lo que ganaba atendía en todo o en parte a la sustentación de sus padres".

Consideró el Tribunal que el dictamen rendido por los peritos no se ajusta a la realidad procesal; que apoyándose en hechos meramente hipotéticos no podría aceptarse como cierto. En tal virtud negó la comprobación del daño material en cuanto hace relación a su cuantía.

Respecto a los daños morales sufridos por los esposos Vásquez con la muerte de su hijo, — perjuicio moral no objetivado — el Tribunal, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte aplicó la norma positiva del Código Penal, artículo 95, para la fijación en dinero del perjuicio. Condenó a la Nación a pagarles a los demandantes la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron las partes recurso de apelación para ante la Corte. Surtidas las tramitaciones legales, se encuentra el negocio para decidirlo en fallo definitivo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil al correrse el traslado manifestó lo siguiente:

"1º Que se **revoque** el fallo apelado y por tanto se absuelva a la Nación de todos los cargos formulados en la demanda.

"2º Subsidiariamente, que se modifique la providencia recurrida en el sentido de absolver a la Nación de la obligación de indemnizar a los demandantes por concepto de perjuicios materiales".

Apoyó sus pedimentos en las siguientes consideraciones: Que la culpa de la Nación no se encuentra acreditada en el presente juicio, pues incumbe al demandante probar en los casos de responsabilidad civil extracontractual tres elementos: la culpa, el daño y la relación de causalidad entre la culpa y el daño. Que el artículo 2356 del Código Civil, según lo ha dicho la Corte, entraña una presunción de responsabilidad, estableciendo una excepción a la regla general, por la cual al actor obliga probar la culpa de la parte demandada. Y de acuerdo con esta disposición, en los casos que originen actividades peligrosas, al demandante no le obliga la carga de la

culpa del demandado. Es decir, éste se presume en culpa, la que sólo puede desvirtuar acreditando el hecho fortuito, la fuerza mayor, etc. En el caso de autos, agrega el señor Procurador, no se puede aplicar esa presunción que trae el artículo mencionado del código civil. Hay un solo hecho y éste es el choque de dos embarcaciones; bien puede ser peligroso o no serlo De esta manera considerado, la culpa es imputable a los dos pilotos, no habiendo razón lógica ni jurídica alguna para presumir en culpa únicamente al piloto dependiente de la Nación. Termina diciendo que en la instancia no se ha presentado ninguna prueba que tienda a demostrar directamente el descuido o la impericia del piloto señor Eduardo Betancourt.

En relación con el perjuicio deducido de la muerte de Vásquez González, este alto funcionario observa:

Que si en gracia de discusión se admitiese la culpa de la entidad demandada, ésta únicamente originaría una acción indemnizatoria de los perjuicios materiales. Para sostener esta tesis el señor Procurador admite el perjuicio moral subjetivo sufrido por los padres del occiso y pide que se les reconozca una indemnización de dos mil pesos a ambos y no esa misma suma a cada uno. Por su parte, niega que el perjuicio material está acreditado, pues de las pruebas aducidas con el fin de demostrar la capacidad económica de Vásquez González, se concluye, que no reúnen los elementos exigidos para evidenciar este hecho, es decir, "que el hijo estaba **produciendo algo económicamente** y que de la suma que ganaba les suministraba determinada cantidad periódicamente". Dice el representante de la Nación que Vásquez González, según lo que consta en el proceso, devengó una asignación mensual de cincuenta pesos moneda corriente como Guarda del Resguardo de Rentas hasta el 12 de junio de 1941; y que sin poseer una educación universitaria, tenía mediana cultura, siendo por otra parte inteligente, honrado y capacitado para el trabajo. Que estos hechos son los únicos que se constituyen para reclamar una indemnización de perjuicios materiales, de los cuales se infiere que la Nación no está obligada al reconocimiento del perjuicio material. Continúa el señor Procurador conceptuando sobre el perjuicio material futuro, que no es otra cosa que "el perjuicio actual proyectado en el porvenir" y tras un corto análisis jurídico y crítica al peritazgo rendido en este juicio, termina reafirmándose en las peticiones que han sido transcritas.

Consideraciones de la Corte

Es bien sabido que en casos como el presente, para poder fallar en orden a la responsabilidad civil extracontractual, es necesario establecer los tres elementos generadores de ésta: es decir, la culpa, el perjuicio deducido de ella, y la relación de causalidad entre los dos. El primero de los elementos enunciados incumbe probarlo a la parte actora, siempre y cuando no se trate de actividades peligrosas, en las cuales la culpa se presume en la parte demandada, lo que sólo se liberta de la presunción si demuestra fuerza mayor, caso fortuito o una interevención de agente extraño, que puede ser la propia víctima del accidente.

Estima la Corte que la presunción de que habla el artículo 2356 del Código Civil no determina la responsabilidad en el caso de autos, porque existe una verdadera compensación de peligrosidad en la actividad desarrollada por las dos embarcaciones que chocaron; la lancha "Aduana IV" y el bote "Caquetá". No se está en presencia de una actividad peligrosa desarrollada únicamente por la lancha de la Nación, sino que la ejercida por el bote "Caquetá" lo es igualmente, con los mismos caracteres. De manera que siendo igualmente peligrosas las actividades de las dos embarcaciones, la presunción de culpabilidad de que habla el artículo 2356 del Código Civil no rige exclusivamente para la parte demandada, sino que se presume en ambas partes la culpa. Hay una presunción de culpabilidad solidaria en ellas. Y siendo ambas solidarias, el demandante puede dirigir su acción contra cualquiera de ellas, quedando siempre favorecido con la presunción en contra del demandado, en este caso en contra de la Nación.

Esta es la situación jurídica del actor en el presente juicio frente a la carga de la prueba.

La Nación ha ensayado demostrar, aunque sin éxito, como va a verse, hallarse configurado uno de los casos de excepción a la regla de la presunción de culpabilidad: el de la culpa de la propia víctima.

El material probatorio aducido por el actor para demostrar las condiciones o circunstancias en que se desarrolló el hecho es considerable y convincente. Son dichas pruebas las declaraciones de los señores Federico Ferreira, Francisco de la Hoz, José Antonio Altamar, José Manuel de la Hoz, Carlos Enrique Cantillo, Aurora Navarro de Silva, Pedro Acuña García, etc. Estos testimonios coinciden en afirmar lo siguiente:

1º La muerte del señor Octavio Vásquez González a causa de las lesiones sufridas en el siniestro de que se habla;

2º Que la lancha "Aduana IV" venía piloteada por el señor Eduardo Betancourt, empleado de la Nación;

3º Que dicha embarcación no traía ninguna luz encendida que hiciera notoria su presencia;

4º Que el bote "Caquetá" traía desde el lugar de su partida una luz en la proa;

5º Que cuando los pasajeros del bote vieron la lancha a una distancia de cincuenta metros más o menos, y que se les venía encima, prorrumpieron en gritos de terror, suficientes para que fuesen oídos por el piloto de ésta.

Todas estas declaraciones fueron rendidas ante el Juez Municipal de Remolino (Magdalena) en virtud de lo ordenado por auto del Honorable Tribunal Superior de Barranquilla de fecha octubre 20 de 1942.

Las pruebas aducidas por la parte demandada, también en la primera instancia, se reducen a las declaraciones de los señores José J. Araque y Pedro Giacometto, el último de los cuales se encontraba prestando servicio en la lancha como empleado del Resguardo Nacional y afirma que "en el lapso comprendido entre tres y cinco de la mañana del día ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno..... dicha lancha llevaba encendidas las luces de posición reglamentarias de babor y estribor". El señor José J. Araque, empleado de la Aduana en la Policía Fiscal de Aduanas, por su parte dice lo siguiente: "..... En el lapso comprendido de tres a cinco de la mañana del día ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, estaba de Oficial de Guardia de Prevención en el Terminal, en el Cuartel del Resguardo..... Como yo me encontraba de Oficial de Guardia fuí quien despachó la lancha "Aduana número IV", como a las tres y cinco de la mañana, aproximadamente, piloteada por el piloto Betancourt y el marino Pedro Giacometto. Esa lancha iba a llevar un Guarda para el servicio del vapor Cabimas que había fondeado un poco más arriba de la Tropical Oil Co. Y me consta que llevaba todas las luces encendidas. Pues de no haber sido así no hubiera salido, pues el reglamento para el tráfico de lanchas es muy riguroso y se hace cumplir estrictamente".....

Estas declaraciones aducidas por la parte demandada no destruyen la presunción de culpa a su cargo porque el hecho de llevar las luces encendidas la embarcación, o apagadas, o poco visibles, no influye decisivamente en la responsabilidad, ya que como se ha visto, el choque ocurrió en horas del amaneecr, en que hay suficiente visibilidad para notar la presencia de las embarcaciones.

También trae el señor Fiscal copias de los oficios 984 de 24 de septiembre de 1941 y 998 de 30 del mismo mes y año, por medio de los cuales el Capitán del puerto de Barranquilla se dirigió al intendente fluvial de la misma ciudad informándole que había establecido un servicio de patrullaje por el río Magdalena para impedir que las embarcaciones, navegaran sin luces de posición reglamentaria. Pero esta disposición del señor Capitán del puerto de Barranquilla fue dictada después del accidente que tuvo como resultado la muerte de Octavio Vásquez González.

Entra la Sala ahora a examinar el daño o perjuicio causado, derivado de la muerte de Octavio Vásquez González, es decir, el segundo elemento de la responsabilidad civil extra-contrato.

No puede siquiera discutirse en el presente caso la existencia del daño moral. Los lazos de afección existentes entre padres e hijos hacen presumible un intenso dolor producido en los padres de Octavio a causa de su muerte, pues entre aquellos y éste había relaciones de afecto que fueron siempre cordiales y se mantuvieron a través de sus vidas. El daño moral subjetivo es tanto más intenso cuanto más fuertes sean las relaciones de afecto que se lesionan, y puede afirmarse que es proporcional también al grado de emotividad individual. La reparación que la jurisprudencia reconoce por él se limita de conformidad con lo establecido en el artículo 95 del Código Penal que dice: "Cuando no fuera 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". Esta disposición obedece a que el daño moral subjetivo, por su calidad misma, es invaluable pecuniariamente y no puede ser materia de una tasación precisa que debidamente lo recompense en su cuantía, al contrario del daño material cuyo monto indemnizatorio hácese sobre un avalúo exacto. Limítase, pues, el juzgador a reconocer la existencia del daño, fijando prudencialmente el monto de su indemnización y pudiendo hacerlo hasta la suma de dos mil pesos, límite máximo sentado en la disposición legal transcrita. La Sala ha reconocido esta cantidad a cada uno de los ofendidos cuando son varios, atendiendo a que la indemnización debe corresponder a los varios patrimonios lesionados y a la intensidad subjetiva del daño moral que experimente cada una las personas afectas a aquel. Esta doctrina es da por la Sala de Negocios Generales de l cuando se está en presencia de varios lesion jetivamente por el daño moral fue acog Sala de Casación Civil en reciente provi

La Sala encuentra debidamente estab presente juicio el perjuicio moral subj uno de los demandantes con ocasión de su hijo Octavio Vásquez Gonzále como indemnización debe reconocer de los actores la suma de dos mil to de dicho daño.

El daño moral objetivado es una lesión del patrimonio moral que afecta el económico y que es susceptible de valoración. En el caso de autos no ve la Corte que haya lugar a tenerse en cuenta, pues no aparece en el proceso, en ninguna parte, que los demandantes hubiesen sufrido menoscabo patrimonial como consecuencia de la pena que les causó la muerte de su hijo Octavio.

Perjuicios materiales

Los demandantes impetraron el pago de perjuicios materiales, pudiéndose estimar este pedimento como el objetivo primordial de la acción. Mas es lo cierto que no se trajo al proceso la prueba en virtud de la cual haya de reconocerse este daño material causado a los esposos Vásquez con la muerte de su hijo, ya que en parte alguna aparece que Vásquez González, mientras estuvo devengando un sueldo, ayudase a sus padres, o les hiciese partícipes de sus ganancias económicas obtenidas con su propio esfuerzo y trabajo, cosa que para el reconocimiento del perjuicio material es indispensable. Hay constancia de que el joven Octavio desempeñó un puesto como Guarda del Resguardo de Rentas del Departamento del Atlántico desde el día 21 de octubre de 1940 hasta el 12 de junio de 1941 en que hizo dejación del cargo por renuncia que presentó. Solamente del ejercicio de este cargo hay constancia en los autos, con la asignación de cincuenta pesos mensuales. Sin embargo, no hay la prueba de que mientras estuvo al frente de este empleo, el hijo hubiese destinado parte de su sueldo para ayudar a sus padres; ni hay ninguna constancia de que lo que él personalmente ganara en alguna otra actividad lo entregase a sus padres; o que con alguna suma subviniera a las necesidades de los demandantes. Las pruebas aducidas a los autos sobre el particular se reducen a las declaraciones de los señores Bruno Lara, Adalberto del Castillo y Cayetano Barros (folios 5 v., 6 y 6 v. y 11 del C. número 4 de pruebas del actor), quienes afirman que el occiso era de excelente conducta, capacitado, de mediana cultura, de magnífica contextura física, joven y de quien se preveía una larga vida dada su buena salud. También trajo al proceso un certificado de las calificaciones de primer año obtenidas por Vásquez González en la Escuena Normal del Litoral Atlántico.

Para el caso contemplado, en orden a la comprobación del perjuicio material no son suficientes estas pruebas. El que el occiso disfrutase de buena salud, fuese joven, capacitado, dinámico, poseyese una mediana cultura, etc., etc., no da lugar al reconocimiento de perjuicios materiales a los demandantes, pues la prueba de la ayuda económica del hijo a éstos, en ninguna parte aparece. Es, pues, manifiesta, la carencia de prueba alguna que de conformidad con lo establecido por la doctrina de la Corte sirva para reconocer el daño material y decretar su reparación. En síntesis, no encuentra la Sala base para reconocer la existencia de dicho daño, lo que hace que el dictamen rendido en este juicio por los señores peritos en orden a fundamentar este perjuicio sea desestimado.

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, REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla de fecha ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, y en su lugar

Falla:

1º Condénase a la Nación a pagar a cada uno de los demandantes señores Leonidas M. Vásquez y Felicidad González de Vásquez, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente por concepto de perjuicios morales subjetivos sufridos con ocasión de la muerte de su hijo Octavio Vásquez González en el siniestro en que chocaron la lancha "Aduana IV" y el bote "Caquetá" el día ocho de septiembre de 1941 frente al terminal marítimo de Barranquilla;

2º Absuélvese a la Nación del pago de perjuicios morales objetivados y de perjuicios materiales.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA EN EL ACCIDENTE AEREO DE SANTA ANA.—PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

La base primordial para la fijación de los perjuicios materiales sufridos por la víctima debe, en cada caso, aparecer en forma determinable; la calidad misma de esta clase de perjuicios hace, precisamente, que ellos puedan ser fácilmente deducibles. La disminución de la capacidad de trabajo, la falta de aptitud física y psíquica para continuar produciendo un beneficio económico, el rebajamiento mismo de la potencialidad productora, son factores susceptibles de demostración y que pueden traducirse en guarismos que reflejen la disminución patrimonial del individuo, presente y futura. Si en un juicio no se logra dar estas bases, la regulación debe hacerse mediante el procedimiento que expresamente concede para ello la ley. De lo contrario habría la posibilidad de incurrir en un error de apreciación, perjudicial para uno de los actores y desproporcionado con los daños sufridos por el otro.

No sucede lo mismo con los perjuicios morales propiamente dichos; ellos no pueden ser objeto en ningún caso de una regulación matemática; el sentimiento humano, el dolor afectivo, son, por su propia índole, factores internos que escapan a toda apreciación pecuniaria. La ley, no obstante, ordena que ellos sean igualmente tasados en esta clase de litigios, mas no como una retribución por el daño sufrido, sino más bien a manera de satisfacción por el mal causado. De lo contrario no se explicaría el límite que ella misma le ha impuesto al juzgador en la tasación del perjuicio moral, ya que por lo sutil y eminentemente interno que es, se prestaría a grandes abusos y a una explicación indebida.

La Corte, en numerosos fallos, ha optado por un criterio de divisibilidad en lo que se refiere al perjuicio moral. El primero, al cual se refiere el aparte anterior, es el moral subjetivo, desvinculado por completo de toda apreciación pecuniaria. El segundo es el perjuicio moral objetivado, también de índole interna, pero con manifestaciones visibles que pueden repercutir en la capacidad productiva del individuo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda).

El señor Hernando de Guzmán, por medio de apoderado, presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá demanda ordinaria contra la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público, por perjuicios morales y materiales causados al actor en el siniestro aéreo de Santa Ana, el día 24 de Julio de 1938.

Pide el demandante, en primer término, que se declare a la Nación civilmente responsable de los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados a su mandante en la tragedia del Campo de Marte o de Santa Ana. Y que, como consecuencia de esto, se condene a la Nación al pago de dichos perjuicios dentro del término de seis días contados desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, fijación que debe hacerse por peritos nombrados en la forma legal.

Como fundamentos de derecho alegó los artículos 2.341, 2.343, 2.347, 2.356 y 1.494 y concordantes del Código Civil; la Ley 89 de 1938 y el artículo 737 y siguientes del Código Judicial. La cuantía fue estimada en la demanda en más de diez mil pesos ($ 10.000.00).

Surtida la tramitación de rigor, el Tribunal puso fin a la primera instancia negando las peticiones del actor y absolviendo a la Nación de los cargos formulados por aquél.

La sentencia del Tribunal fue apelada por el señor apoderado del demandante, por lo cual ha llegado hasta la Corte en donde se halla agotado el trámite de esta segunda instancia y se de, en consecuencia, a pronunciar el fallo co diente.

Antecedentes

El día 24 de julio de 1938 el Gobierno motivo del IV Centenario de la fund tá, ordenó una revista militar con ejército y de las fuerzas aéreas de

revista debía verificarse, como se verificó, en el campo de Santa Ana o de Marte, municipio de Usaquén. El Gobierno Nacional hizo públicas las invitaciones para la asistencia a este acto y durante su celebración acaeció el accidente a que se ha hecho referencia y que ha sido objeto de numerosos litigios por parte de los damnificados y en contra de la Nación.

El Tribunal del conocimiento no encontró suficientes las pruebas presentadas por el actor con el fin de establecer claramente si el señor Hernando de Guzmán asistió a la revista aérea en el Campo de Marte; por esta misma razón consideró que no estaba bien demostrado que las heridas que aparenta el demandante las hubiese sufrido, precisamente, en dicho accidente. Dice al respecto la sentencia de primera instancia: "Con la demanda presentó — se refiere al actor — un informe escrito en papel con timbre de la "Oficina Central de Medicina Legal" y suscrito por los señores C. Guerrero y A. Vargas Mariño que dice así: Bogotá, diciembre 20|38. — 12.937.— HERNANDO DE GUZMAN sufrió en definitiva treinta días de incapacidad para trabajar. Le queda una limitación de los movimientos de los dedos de la mano derecha, en la flexión debido a retracciones cicatriciales de los extensores. Constituye tal limitación un defecto o perturbación funcional, modificable con el tiempo y con tratamiento. Las cicatrices de las manos, por su gran extensión, constituyen una deformidad física, permanente e irreparable. En ésta quedan comprendidas algunas pigmentaciones cicatriciales en la región frontal y del pabellón auditivo derecho".

"Del anterior dictamen no resulta demostrado el hecho de que el señor Guzmán, demandante, haya sufrido las quemaduras de que da cuenta en su demanda, porque las retracciones cicatriciales de los extensores que produjeron la limitación de los movimientos de los dedos, no sólo pueden presentarse por quemaduras sino por heridas de otra clase, es obvio. Pero aun cuando el certificado transcrito estuviera lo suficientemente claro para determinar las lesiones halladas en la persona del señor Guzmán fueran ducidas por quemaduras, resulta que dicho cerdo no fue ratificado por quienes lo suscribierante el término de prueba, y sin esa formagida por la ley, no constituye prueba, serticulos 683 y 693 del Código Judicial). De hecho principal de la demanda, o sea el por el demandante y la relación de cause daño y el acto generador de la culmostrado en autos. Igualmente se de que la caída intempestiva del Abadía fue la que produjo el dademandante dice haber sufrido. Es cierto que el actor trajo con su demanda tres declaraciones de nudo hecho destinadas a comprobar los hechos, pero ocurre que de ellas solamente fue ratificada en forma legal la del señor José Joaquín Reinales; las otras dos no lo fueron, puesto que los testigos al tratar de hacer la ratificación omitieron reproducir su anterior declaración, por lo cual la ratificación es ineficaz legalmente. Y como una declaración no constituye plena prueba, según el artículo 696 del Código citado, se tiene que no está comprobado el daño material de donde surja el derecho a reclamar la indemnización de perjuicios. Produjo también el actor un certificado expedido por el Secretario de la Sala Penal de este Tribunal, del cual aparece que del "Cuadro número uno del personal MILITAR hospitalizado" y la persona del señor Guzmán — demandante — ocurre que no se especificó ni el número de días de imposibilidad que tuviera, ni la clase, gravedad, extensión y localización de las quemaduras con que apareció".

Hasta aquí, pues, la transcripción de la sentencia apelada, por lo cual el Tribunal conceptuó que "con ellas no se ha logrado demostrar el daño que el demandante dice haber sufrido en el accidente del campo de Santa Ana, **ni menos la relación de causalidad entre el daño y el acto generador de la culpa—subraya la Corte.**

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su escrito de segunda instancia, solicita la confirmación del fallo recurrido, "por no haberse demostrado la culpa de la Nación ni haberse acreditado siquiera, en forma satisfactoria, el accidente mismo de Santa Ana". En subsidio pide el señor Agente del Ministerio Público, "que se condene a la parte demandada, en abstracto e **in genere,** a pagar al actor el valor de los perjuicios materiales que se le causaron con la incapacidad de trabajo que sufrió durante treinta días con posterioridad al 24 de julio de 1938, y se absuelva a la Nación de los demás cargos deducidos en el libelo".

En apoyo de la primera solicitud el señor Procurador considera que el demandante no ha demostrado satisfactoriamente la culpa de la Nación en el accidente de Santa Ana y llega, consecuencialmente, a la afirmación de que el actor no ha traído al presente juicio pruebas suficientes que acrediten el hecho mismo del siniestro. "El juez — dice el Procurador— no puede fallar sino con base en lo que aparezca en autos. Y en este expediente no aparecen las relaciones del accidente, sus preparativos, las órdenes impartidas por los respectivos superiores, la manera como se desarrollaron los ensayos de la revista, los hechos implicativos de culpa imputados al Teniente Abadía, las órdenes sobre altura de vuelo, lugar de

acrobacias, etc....., es decir, no obran en este asunto las pruebas que llevaron a la Honorable Corte a concluír que el citado accidente se debió a culpa de funcionarios oficiales que comprometieron, así, la responsabilidad de la Nación, obligándola, por tanto, a indemnizar los perjuicios producidos".

Hace notar igualmente el señor Procurador que la incapacidad sufrida por el actor con motivo del accidente no ha debido pasar de treinta días, con base en el certificado expedido por la Oficina Central de Medicina Legal, y que textualmente dice: "Número 8907. — Septiembre 5 de 1938. — HERNANDO DE GUZMAN: presenta quemaduras de primero y segundo grados en la región frontal, las mejillas, el pabellón auricular derecho, el dorso de la nariz, el cuero cabelludo, la región cervical, la región maleolar derecha y tercio inferior de la pierna correspondiente, al dorso de las dos manos. En buenas condiciones habría sufrido treinta (30) días de incapacidad, a partir del 24 de julio último. La incapacidad se ha prolongado y continúa por infección de las quemaduras de la mano derecha. — (Fdos.) **G. Guerrero Izquierdo. — A. Vargas Mariño.** — Es copia auténtica. — **Guillermo Uribe Cualla".**

En relación con los perjuicios morales, el señor Agente del Ministerio Público sostiene que no se han demostrado, pues ello debe hacerse "en forma semejante al perjuicio material".

Consideraciones de la Corte

El Tribunal de origen no desconoció la existencia en autos de pruebas suficientes para declarar culpable a la Nación de la tragedia de Santa Ana; los hechos y demás circunstancias anteriores y concomitantes con el hecho mismo han sido, pues, plenamente establecidos, y no es del caso de que la Corte se extienda más en esta clase de consideraciones.

Por otra parte, el actor ha traído al presente juicio las pruebas indispensables que demuestran la culpabilidad civil de la Nación, lo que además está corroborado por las numerosas doctrinas de la Corte en cuanto se refiere a la responsabilidad civil del Estado por el accidente de Santa Ana.

La apelación, pues, propiamente dicha, se reduce a examinar las pruebas presentadas, tanto en la primera como en esta segunda instancia, a fin de ver si existe relación de causalidad entre la culpa imputable a la Nación y el daño sufrido por el actor. Y, caso de hacerse esta decisión en favor del demandante, determinar el alcance de los perjuicios ocasionados por el siniestro.

Estudio de las pruebas

Las pruebas presentadas por el actor para acreditar su asistencia al acto de la revista aérea de Santa Ana, se concretan a declaraciones de testigos, entre otras las de los señores Gabriel Montaña Camacho, José María Valdés y José Joaquín Reinales, todas debidamente ratificadas. Trae el actor, además, un certificado del Secretario de la Sala Penal del Tribunal de origen, en donde aparece que el señor Hernando de Guzmán se encuentra en el número de los pacientes internados en el Hospital Militar Central por causa del siniestro de aviación de Santa Ana. El Tribunal desecha esta última prueba por cuanto no ve bien clara la identidad del actor con la de la persona a que el certificado hace referencia, inconveniente que desaparece en esta segunda instancia por haber presentado el demandante un certificado de la Oficina Nacional de Identificación Electoral, en el cual consta que "el señor Hernando de Guzmán E., cedulado en La Dorada bajo el número 1581010, es el mismo ciudadano que en 1939 fue cedulado por el Jurado Electoral de Florencia con el número 1938709", esta última correspondiente a la que exhibe el demandante en este juicio, señor Guzmán.

En esta forma, pues, la presencia del actor en el lugar del siniestro de Santa Ana, está plenamente demostrada.

Otro punto que contempla el Tribunal, consecuencia lógica del anterior, es el de que el daño sufrido por el demandante con ocasión del accidente aéreo, tampoco ha sido acreditado en el juicio.

El certificado a que atrás se ha hecho referencia dice — precisamente — que el señor Hernando de Guzmán se encontraba en el Hospital Militar Central **con motivo de las heridas sufridas en el siniestro de aviación de Santa Ana.** A esto se agrega las declaraciones de testigos, debidamente legalizadas y que aparecen en autos, en las cuales con afirmación que hacen los deponentes sobre el en que vieron salir al señor Guzmán poco tos después del accidente. Al juicio tam traído recortes de periódicos, autentic cluyen al demandante como una de l mencionado siniestro.

Estas pruebas son más que sufic biecer la relación de causalidad en el daño sufrido por la parte acto

Los perjuicios

La base primordial para la fijación de los perjuicios materiales sufridos por la víctima debe, en cada caso, aparecer en forma determinable; la calidad misma de esta clase de perjuicios hace, precisamente, que ellos puedan ser fácilmente deducibles. La disminución de la capacidad de trabajo, la falta de aptitud física y psíquica para continuar produciendo un beneficio económico, el rebajamiento mismo de la potencialidad productora, son factores susceptibles de demostración y que pueden traducirse en guarismos que reflejen la disminución patrimonial del individuo, presente y futura. Si en un juicio no se logra dar estas bases, la regulación debe hacerse mediante el procedimiento que expresamente concede para ello la ley. De lo contrario habría la posibilidad de incurrir en un error de apreciación, perjudicial para uno de los actores y desproporcionado con los daños sufridos por el otro.

No sucede lo mismo con los perjuicios morales propiamente dichos; ellos no pueden en ningún caso ser objeto de una regulación matemática; el sentimiento humano, el dolor afectivo, son, por su propia índole, factores internos que escapan a toda apreciación pecuniaria. La ley, no obstante, ordena que ellos sean igualmente tasados en esta clase de litigios, más no como una retribución por el daño sufrido, sino más bien a manera de satisfacción por el mal causado. De lo contrario no se explicaría el límite que ella misma le ha impuesto al juzgador en la tasación del perjuicio moral, ya que por lo sutil, y eminentemente interno que es, se prestaría a grandes abusos y a una explotación indebida.

La Corte, en numerosos fallos, ha optado por un criterio de divisibilidad en lo que se refiere al perjuicio moral. El primero, al cual se hace referencia en el aparte anterior, es el moral subjetivo, desvinculado por completo de toda apreciación pecuniaria. El segundo, es el perjuicio moral objetivado, también [illegible]e índole interna, pero con manifestaciones visibles [illegible] pueden repercutir en la capacidad productiva del [illegible]iduo.

[illegible]orte, en el presente caso, aplica las anteriores [illegible] previas las siguientes consideraciones:

Perjuicios materiales

[illegible]s que aparecen en autos se deduce, [illegible]do de la óficina Central de Medi[illegible]ernando de Guzmán presenta que[illegible] y segundo grados en la región [illegible] el pabellón auricular derecho, [illegible] el cuero cabelludo, la región cervical, la región maleolar derecha y tercio inferior, de la pierna correspondiente, el dorso de las dos manos. En buenas condiciones de tratamiento y sin complicaciones habría sufrido treinta (30) días de incapacidad, a partir del 24 de julio último. La incapacidad se ha prolongado y continúa por infección de las quemaduras de la mano derecha". Posteriormente a ese certificado, aparece otro de la misma oficina que dice: "Hernando de Guzmán sufrió, en definitiva, treinta (30) días de incapacidad para trabajar. Le queda una limitación en los movimientos de los dedos de la mano derecha, en la flexión, debido a retracciones cicatriciales de los extensores. Constituye, tal limitación un defecto o perturbación funcional, modificable con el tiempo y con tratamiento. Las cicatrices de las manos, por su gran extensión, constituyen una deformidad física, permanente e irreparable. En ésta quedan comprendidas algunas pigmentaciones cicatriciales de la región frontal y del pabellón auditivo derecho".

Tanto en la primera como en esta segunda instancia fueron pedidas y decretadas las pruebas médicas periciales con el fin de establecer los perjuicios sufridos por el señor Hernando de Guzmán con las lesiones ocasionadas en el accidente; inclusive en esta última se dio posesión a los peritos, sin que se verificase dicha prueba. Ello determina una imposibilidad más en la apreciación de los daños materiales.

Aparece en autos, además, una cuenta médica suscrita por el doctor Aquilino Gaitán, pero que la Corte desestima por no aparecer la ratificación legal pedida por el apoderado.

La disminución de la capacidad productiva del actor como consecuencia de las heridas sufridas, tampoco se aprecia en el presente fallo por la carencia de las pruebas necesarias. En efecto, en autos no queda demostrado el hecho de que el señor de Guzmán devengara antes del accidente un determinado sueldo en el cargo que entonces desempeñaba y que posteriormente, por las causas anotadas, su posibilidad económica se redujera, lo que habría implicado un aminoramiento en la satisfacción de las obligaciones familiares a su cargo; en autos aparece solamente, a manera de referencia, que el señor Hernando de Guzmán era linotipista de profesión y que en la época del siniestro ocupaba un cargo en la Contraloría General de la República.

No obstante, lógico es suponer que la enfermedad y demás consecuencias de las heridas recibidas por el actor le han proporcionado una serie de gastos, pero que no es del caso regularlos en este fallo por carencia de los medios probatorios adecuados. De ahí que la Corte opte por el criterio de hacer la con-

denación **in genere**, y dispone que se haga la regulación mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta la incapacidad física originada por las lesiones, los gastos de enfermedad, lo que dejó de percibir durante el tiempo en que estuvo incapacitado para trabajar, y la disminución de su capacidad productiva en el resto probable de su existencia.

Perjuicios morales

De la lectura de los anteriores certificados oficiales, se deduce claramente que el señor Hernando de Guzmán ha quedado con algunas lesiones visibles de carácter permanente, lo que entraña una limitación en sus actividades dentro de la vida social. Esta perturbación se traduce — daño moral objetivo — en una dificultad más para su potencialidad económica. Como en autos no se reguló el monto de la indemnización correspondiente por este concepto, por ello la condena se hace en abstracto, determinación que se hará mediante el procedimiento antes indicado.

La Sala estima que de los documentos que aparecen en autos, atrás transcritos, el daño moral subjetivo se refleja por la depresión psíquica y el consiguiente estado de inferioridad social en que se debe encontrar el lesionado, especialmente por las deformaciones permanentes sufridas en el rostro y en las manos. Esto hace que la Corte, teniendo en cuenta además la estimación que ha hecho en casos semejantes, eleve al máximum la indemnización por este último perjuicio.

En mérito de 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 la sentencia de primera instancia y en su lugar decide:

Primero: Declárase a la Nación civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales ocasionados al señor Hernando de Guzmán con motivo del siniestro aéreo de Santa Ana, el día 24 de julio de 1938.

Segundo: Condénase a la Nación al pago de los perjuicios materiales y morales objetivados a favor del demandante señor Hernando de Guzmán, regulación que se hará de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, y según las bases dadas en la parte motiva de este fallo.

Tercero: La Nación deberá pagar al mismo señor la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) por concepto de los daños morales subjetivos.

Cuarto: Hágase la notificación al Gobierno de la parte resolutiva de la presente sentencia para los fines legales consiguientes.

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

(Fdos.)

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE DE AVIACION

. 1. — La fuerza aérea nacional, que forma parte del servicio público de defensa nacional, por las peculiaridades propias de la actividad que desarrolla la aviación, ha sido objeto de especial reglamentación por parte del legislador. De aquí que al estudiar un hecho relacionado con dicha entidad haya que hacerlo al través de las normas que forman el estatuto legal propio de ella, puesto que si bien hay instituciones jurídicas que son comunes a la mayor parte de los reglamentos de trabajo, sea que ellos rijan actividades oficiales o particulares, las disposiciones por las cuales se consagran dentro de un determinado estatuto esas instituciones hacen que las características de éstas estén acordes en cada caso con las modalidades propias de la actividad que se tiene en cuenta al dictarlas. Así, en el presente caso es a la luz del estatuto de la aviación nacional como ha de verse si el hecho enunciado puede catalogarse como un accidente de trabajo, para los efectos de la acción intentada. Según el artículo 3º de la ley 196 de 1936 no podrá catalogarse como accidente de trabajo el que produce la muerte de un individuo que no está trabajando cuando el hecho ocurre, que por motivo de un permiso, unas vacaciones, una franquicia que lo releva del riesgo propio de su profesión, se encuentre en la situación de un tercero ajeno a la empresa y, por lo tanto, a las normas aplicables al caso de que se hallara expuesto por razón de sus funciones a las consecuencias del servicio.

2. — La jurisprudencia ha distinguido, en casos como el del proceso, dos situaciones que ndicionan en. diferente forma cada una anera como están obligadas las partes en dose de la prueba de la culpa. Una es la esponde a la persona extraña a la ac- e ocasionó el daño, quien tan sólo ha sivamente el advenimiento del he- que por la razón de ser ajena al al actividad no está obligada a s causas y consecuencias, los producir un descuido por n responsables de ella, ig- mo actúan los organismos productores de una fuerza peligrosa y, por lo mismo, es de justicia que no se obligue a esa víctima pasiva a probar cuáles fueron las precisas causas del daño que alega. La otra es la situación de quien sufre un daño en momentos en que desarrolla una actividad profesional de índole peligrosa, pero que él conoce y cuyo riesgo le es familiar por razón de las funciones que desempeña, por la práctica que tenga ejercitando esas funciones, todo lo cual lo coloca como presunto conocedor del peligro, en posición de prever el hecho y contribuir, en cumplimiento de sus deberes profesionales, a evitar la realización de la catástrofe, o también de sufrir, como parte integrante del personal responsable de dicha actividad, las consecuencias del riesgo profesional inherente a la actividad productora del accidente, en circunstancias que lo presentan ante el juzgador, no ya como una víctima pasiva de la fuerza peligrosa, sino como naturalmente destinado según su oficio a conocerla, preverla y afrontarla, puesto que voluntariamente ha aceptado el riesgo que implica. En el primer caso, se opera una inversión de la carga de la prueba; el reclamante, como tercero que es, extraño a la fuerza que le causó el perjuicio, no está obligado a demostrar la culpa de la empresa en el accidente, en el hecho imprevisible para quien desconociendo real o presuntamente el funcionamiento del agente dañoso y las proporciones y manera de conducirse la fuerza peligrosa que causó el suceso, mal podría explicar técnica y suficientemente todas y cada una de las causas en virtud de las cuales se operó aquél; para esos casos se ha admitido en la doctrina y en la jurisprudencia la teoría de los hechos culposos en sí mismos, con la prueba de cuya existencia se vierte sobre el responsable de ellos la carga de aducir medios extraordinarios de justificación de tales hechos, que no pueden ser otros que el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima en la consumación del daño que se alega. Sobre este punto y otros puede consultarse la sentencia de la Corte de fecha 8 de noviembre de 1944, en el juicio seguido por Florencia Córdoba v. de

Abadía contra la Nación. En el caso del proceso se concluye que obra en favor de los demandados y en contra del Estado colombiano, la presunción de culpa que entraña un hecho dañoso del cual ha sido víctima un tercero ajeno a las causas mismas de él, por estar en el momento del suceso separado de sus funciones propias y del riesgo profesional propio de la actividad en que pereció y a la cual estaba adscrito.

3. — El criterio adoptado por la jurisprudencia cuando de la consideración del daño moral se ocupa ha sido atribuírle a las sumas que se decretan en atención a él un significado de "satisfacción, o de afirmación de parte de la justicia del derecho vulnerado", significado dentro del cual la cuantía ha de desempeñar un papel secundario, porque siendo indudable que ese dolor moral no puede ser materia de un avalúo preciso, matemático, tampoco puede ser comprendido dentro de una cantidad que lo compense o lo repare en la medida exacta de sus proporciones, como cuando se trata del daño material. El juzgador se ha de limitar entonces a reconocer su existencia, quedando a su criterio la fijación del monto que ha de expresar simbólicamente la satisfacción de una obligación a cargo de quien causa el daño, aunque no del daño mismo, por lo ya expuesto.

4. — El imperio de las normas de procedimiento es de orden público. En su observancia reposa la garantía de los derechos que tienen los litigantes a lo largo del proceso, de manera que si el juzgador deja de lado, en favor de alguna de las partes, la aplicación de los principios que consagran las normas procedimentales incurre en violación de los derechos amparados por esas normas y, por consiguiente, falta a sus deberes de rectitud e imparcialidad. El artículo 597 del C. J. encierra el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica. Los medios de defensa que lleven las partes al proceso deben reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes señalan. Vencido el período de prueba que para el juicio ordinario de mayor cuantía otorga el artículo 758 del C. J., durante la segunda instancia, precluye, o lo que es lo mismo, se cierra, la posibilidad de pedir las pruebas, en cuanto hace a los litigantes, y en relación con el Juez, la de decretar la práctica de ellas. Las que se aduzcan sin pasar por estos trámites son inadmisibles por ser legalmente ineficaces para obrar en el juicio. (Artículo 596, C. J.)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiséis de julio de mil novetos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:

Doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Se encausa el presente juicio a lograr que la justicia ordinaria haga las siguientes declaraciones:

"A) — Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios causados a Darío A. Triana, María del Carmen Triana de Carrasco, María Eutopia Triana de Rocha y Rosa Elisa Triana de Hernández — o subsidiariamente al señor Telmo A. Triana — con la caída del avión marca Ford número seiscientos cuarenta y dos (642) ocurrida el día quince (15) de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (1941), en la Base Aérea llamada 'Germán Olano' o 'Palanquero', a consecuencia de la cual murió el citado Telmo A. Triana, sea que tales perjuicios se deban al solo hecho dañoso del avión, que puede imputarse a culpa civil de la Nación, sea que se deban a hecho o culpa civil de los dependientes de la Nación, sea que se deban a culpa civil realmente cometida por la Nación, o bien, que se deban a estas diversas causas a la vez;

"B) — Que la Nación está obligada a pagar, dentro del término legal, a Darío A. Triana, María del Carmen Triana de Carrasco, María Eutopia Triana de Rocha y Rosa Elisa Triana de Hernández, el setenta por ciento de la suma de pesos que se fije dentro del juicio a la indemnización de los perjuicios causados a los mismos Darío A. Triana, María del Carmen Triana de Carrasco, María Eutopia Triana de Rocha y Rosa Elisa Triana de Hernández, con la caída del avión mencionado, en las circunstancias y [illegible] indicadas, más los intereses de esa suma liquida[illegible] desde la fecha que señale el Tribunal con arre[illegible] derecho hasta el día del pago.

"C) — Que la Nación está obligada a pa[illegible] tro del término legal, al suscrito Marco N[illegible] pez, el treinta por ciento de la suma [illegible] se fije a la indemnización de los peri[illegible] a los mismos Darío A. Triana, Ma[illegible] Triana de Carrasco, María Eutopi[illegible] cha y Rosa Elisa Triana de Herr[illegible] del avión mencionado, en las ci[illegible] cadas, más los intereses legal[illegible] dados desde la fecha que seña[illegible] glo a derecho, hasta el día

La demanda en que se impetran estas declaraciones fue presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 17 de septiembre de 1942, y en dicha corporación se surtió la primera instancia de este juicio ordinario. Por sentencia fechada el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Tribunal resolvió:

"**Primero.** — Declarar que la Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte del señor Telmo A. Triana ocurrida el día diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (1941) a consecuencia de las heridas recibidas en el accidente sucedido el día quince (15) de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (1941) al avión de propiedad del Gobierno Nacional, marca 'Ford', número seiscientos cuarenta y dos (642), en la base aérea de 'Palanquero'.

"**Segundo.** — Condenar a la misma entidad de derecho público a pagar a los demandantes señores Darío A. Triana, María del Carmen Triana de Carrasco, María Eutopia Triana de Rocha y Rosa Elisa Triana de Hernández, mayores de edad y vecinos de este Municipio el primero, y los dos siguientes del municipio de Guachetá, y la última vecina de Agua de Dios, el valor de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los hermanos de Telmo A. Triana, ya dichos, por razón de la muerte de éste.

"**Parágrafo Primero.** Del monto líquido de los perjuicios materiales y morales de que trata el punto anterior debe pagarse al cesionario y apoderado doctor Marco Naranjo López un treinta por ciento (30) %) conforme a los contratos de cesión.

"**Parágrafo Segundo.** Fíjase el monto de los perjuicios morales subjetivos en la suma de quinientos pesos ($ 500.00) moneda colombiana corriente, para cada uno de los demandantes.

"**Parágrafo Tercero.** El monto líquido de los perjuicios materiales se fijará conforme al procedimiento del artículo 553 del C. J. Oportunamente dése cumplimiento al artículo 554, ibidem".

[illegible] la parte actora como el representante de la [illegible] interpusieron recurso de apelación contra esta sentencia, recurso que les fue concedido y que [illegible] esta superioridad se decide hoy.

[illegible] incoada se origina en los siguientes hechos acreditados en el expediente: [illegible]o de 1941 despegó de la base aérea [illegible]án Olano" o "Palanquero" el [illegible] "Ford" número 642, conducido [illegible]puesta por cinco miembros [illegible]biana, y en el cual viajaban [illegible]os doce personas, entre [illegible]elmo A. Triana. Cuando el Trimotor empezaba a tomar altura, más o menos a cuarenta metros sobre el suelo de la base, se produjo una falla en el motor izquierdo de la nave que obligó al piloto a dirigirse a tierra, y en esta maniobra el aparato chocó con la cerca del aeropuerto, estrellándose luégo contra el suelo. De este accidente resultaron dos pasajeros muertos, uno de ellos el Mecánico Telmo A. Triana, quien falleció en el Hospital Militar Central el día 18 de agosto del mismo año de 1941, a consecuencia de las lesiones sufridas en el siniestro aquí relacionado.

Está satisfactoriamente acreditada en el proceso la calidad de hermanos legítimos de Telmo A. Triana con que se presentan a reclamar indemnización de perjuicios sufridos por su muerte Darío A. Triana, María del Carmen Triana de Carrasco, María Eutopia Triana de Rocha y Rosa Elisa Triana de Hernández. El apoderado especial de los actores, por virtud de los contratos de cesión allegados a los autos, obra también a nombre propio como titular del treinta por ciento de los derechos que a sus poderdantes puedan corresponder como resultados de esta litis.

Asímismo consta que el señor Telmo A. Triana pertenecía al morir al Servicio Técnico de la Aviación Nacional y que viajaba en el avión seiscientos cuarenta y dos (642) por habérsele concedido licencia para visitar a sus familiares residentes en Bogotá.

En relación con la procedencia de la acción intentada por los hermanos del Mecánico Telmo A. Triana tendiente a obtener de la Nación la reparación de los perjuicios sufridos por ellos como consecuencia de la muerte de aquél, la Corte ha de decidir previamente a las cuestiones atañederas al fondo del asunto controvertido, lo que plantea el señor Procurador Delegado en lo Civil al sustentar el recurso de apelación que por parte de la Nación se interpuso contra la sentencia de primera instancia, y en cuanto dicho funcionario se acoge a la tesis formulada por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá doctor Antonio José Prieto en el salvamento de voto hecho por él a la misma sentencia.

En el acápite del concepto del Agente del Ministerio Público que hace referencia a la acción dice lo siguiente:

"Según lo expresa el hecho trece de la demanda 'el mecánico Telmo A. Triana era al morir dependiente de la Nación al servicio de la base aérea 'Germán Olano' o 'Palanquero', y por su carácter de empleado de la aviación oficial nacional y por residir su familia o parte de ella en Bogotá, había so-

licitado y obtenido puesto en dicho avión para viajar a Bogotá el día del siniestro'. El hecho de ser el señor Telmo A. Triana empleado nacional al tiempo de morir, está no solamente afirmado en la demanda sino plenamente acreditado en los autos (f. 8, 11 y ss., cuaderno número 5). Por otra parte, está demostrado que el mismo señor Triana 'recibió por concepto de primas de riesgo de vuelo, durante el año de 1941, último de su servicio en la Aviación Militar, la suma de doscientos diez pesos ($ 210.00)' (f. 19 v., cuaderno 5). Al tenor del artículo 1º de la ley 196 de 1936, los mecánicos y especialistas de aviación están comprendidos dentro del personal técnico de la Aviación Nacional para los efectos de la misma ley. El artículo 2º de la misma ley establece una pensión militar o sueldo de retiro en caso de invalidez absoluta o relativa para el personal técnico de aviación; y el artículo 3º establece 'un seguro por cuenta del Estado a favor de las familias del personal técnico de aviación que muera por causas del servicio legalmente comprobadas.....' En el presente caso está demostrado no sólo que el señor Telmo A. Triana prestaba sus servicios a la Nación en su condición de mecánico de aviación, sino además que 'como unidad de las fuerzas aéreas tenía derecho a ser transportado en los aviones oficiales y que el día del siniestro viajaba en ese avión con autorización de los superiores respectivos'.

"De la anterior relación de hechos y disposiciones legales se desprende claramente: que el señor Telmo A. Triana era empleado nacional y desempeñaba el cargo de mecánico de aviación; que siendo empleado de la Nación, y desempeñando el cargo mencionado, murió trágicamente al estrellarse el avión en que viajaba el 15 de agosto de 1941; que la Nación tiene establecido en favor del personal técnico de aviación primas de vuelo y seguro de vida del mismo personal en favor de las familias del mismo. En vista de lo dicho, este Despacho considera que la acción intentada por los hermanos del señor Triana para obtener una indemnización de perjuicios basada en la muerte del mismo señor Triana no puede prosperar, pues tales familiares están especialmente amparados y protegidos por las disposiciones especiales de la ley 196 de 1936 que, por ser especiales, deben primar sobre las reglas generales de responsabilidad e indemnización de perjuicios de que trata el Código Civil. Tales familiares tendrían una acción administrativa, pero no esta acción civil, para obtener los beneficios indicados en la citada ley 196. Por otra parte, las primas de riesgo de vuelo, establecidas por el legislador, deben tener un significado claro y obvio: quien se vincula voluntariamente a una actividad peligrosa, como es la aviación, y acepta a cambio de ese peligro inherente a la actividad dicha una prima de riesgo, está aceptando ese riesgo voluntariamente y eliminando por lo mismo toda obligación civil de la Nación, nacida precisamente del mismo riesgo. No sería explicable que la Nación además de la responsabilidad que llevara civilmente por la muerte de un técnico de aviación tuviera que hacer el pago de primas de un riesgo que estuviera así protegido por el Código Civil. Por tanto la interpretación lógica de la ley 196 de 1936 parece ser la voluntad del legislador de sacar del campo civil la reclamación de los familiares de las personas técnicas muertas en el desempeño de sus funciones oficiales para desplazar ese problema al campo administrativo. De este modo, la aceptación de las primas, recompensas y seguros, que tienen un carácter típicamente administrativo, excluye la posibilidad de todo reclamo, fundado en las mismas causas, de orden civil. Así lo entendió el Honorable Magistrado doctor Prieto al salvar su voto en la sentencia de primera instancia, expresándose del siguiente modo: 'Quizá por no haberlo suscitado el señor Fiscal que recibió el traslado de la demanda, y menos el actor, echo de menos el estudio que ha debido plantearse por el propio Tribunal sobre si tratándose de un accidente aéreo con un avión de propiedad de la Nación que realiza un viaje oficial y de que la víctima era un mecánico de aviación al servicio del Gobierno Nacional, el caso para efectos de la indemnización reclamada constituye o no un verdadero accidente de trabajo, como creo que es, por lo cual los demandantes carecerían de la acción civil ejercida porque la competencia correspondería al Consejo de Estado por cuanto no tenía cabida el derecho común de indemnización por culpa extracontractual toda vez que dichos accidentes sufridos en y por razón del servicio están regulados especialmente por las leyes 71 de 1915 y 196 de 1936, especial la primera para militares y la última para el personal técnico de aviación militar, leyes ambas que protegen a ambas instituciones o a quienes las integran con fundamento el 'contrato de función pública', no es posible atender dichas leyes que son de orden público que su sometimiento a ellas hace parte del estatuto de los funcionarios' que rige el caso del personal técnico de aviación militar. Dice siguiente, como la ley 196 de 1936 que los mecánicos son parte integrante técnico militar de aviación, artículo otorga beneficios especiales 'de profesional', en los diferentes llega hasta a otorgar pensiones habientes de Telmo A. T

zosamente al estatuto especial indicado para obtener la reparación que se ha demandado y ante la autoridad allí indicada.

"Dichas leyes excepcionalmente cubren, protegen 'el riesgo profesional' en forma amplia y generosa y colocan a las víctimas o a sus causahabientes, en un caso de accidente, en situación mejor que en el derecho común; constituyen un avance en nuestra legislación, en tal forma, que quien recurra a éste, como en el caso de autos, se colocará en el camino de la regresión'.

"En resumen, estima la Procuraduría, que, por haber sido el señor Triana empleado de la Nación al tiempo de morir, se trata en realidad en el problema aquí planteado, de un accidente de trabajo; accidente de trabajo que está protegido por leyes especiales, por lo cual los demandantes, en concepto de la Procuraduría, no pueden obtener la indemnización solicitada en este juicio civil".

No entra la Corte a hacer un estudio de fondo sobre las razones que en forma clara y bien documentada aduce el señor Agente del Ministerio Público en el aparte transcrito de su concepto para el caso **sub-judice**, por la siguiente consideración:

Como de su texto se deduce, ellas se fundan en la manera como aprecian el señor Procurador y el Magistrado doctor Prieto el hecho básico de la demanda cual es el de la muerte del señor Telmo A. Triana, miembro del Servicio Técnico de la Fuerza Aérea Nacional, ocurrida en un accidente producido por la caída de un avión militar, en un aeródromo oficial, iniciando un vuelo autorizado por las autoridades competentes del ramo de guerra. No obstante las circunstancias que rodean la causa de este proceso, la Sala no comparte la opinión de que "se trata en realidad en el problema aquí planteado de un accidente de trabajo..... protegido por leyes especiales y rodeado por prestaciones, primas y seguros también especiales".

a fuerza aérea nacional, que forma parte del ser- público de defensa nacional, por las peculiari- ropias de la actividad que desarrolla la avia- sido objeto de especial reglamentación por gislador. De aquí que al estudiar un he- do con dicha entidad haya que hacer- las normas que forman el estatuto le- lla, puesto que si bien hay institucio- son comunes a la mayor parte de trabajo, sea que ellos rijan acti- rticulares, las disposiciones por n dentro de un determinado es hacen que las caracterís s en cada caso con las mo- tividad que se tiene en cuenta al dictarlas. Así, en el presente caso, es a la luz del estatuto de la aviación nacional que ha de verse si el hecho enunciado, sometido al juicio de la Corte, puede catalogarse como un accidente de trabajo, para los efectos de la acción intentada.

El artículo 3º de la ley 196 de 1936 "sobre accidentes y seguros del personal técnico de aviación", dice: "Establécese un seguro de vida por cuenta del Estado a favor de las familias del personal técnico de aviación que muera por causas del servicio debidamente comprobadas, seguro cuya cuantía será equivalente al valor del sueldo mensual que devengue el interesado al tiempo de su muerte multiplicado por treinta, siempre que ocurra en el acto del accidente, o en los seis meses subsiguientes, se compruebe que el fallecimiento tuvo por causa directa y necesaria el mismo accidente y que éste fue fortuito". El accidente de trabajo previsto en esta disposición del estatuto que consagra las prestaciones del cuerpo técnico de aviación, es aquel en que uno de los miembros de éste perece "por causas del servicio" o lo que en concepto de la Corte equivale a decir "en ejercicio de las funciones propias del servicio". Por consiguiente no podrá catalogarse como accidente de trabajo el que produce la muerte de un individuo que no está trabajando cuando el hecho ocurre, que por motivo de un permiso, unas vacaciones, una franquicia que lo releve del riesgo propio de su profesión, se encuentre en la situación de un tercero ajeno a la empresa y por lo tanto a las normas aplicables al caso de que se hallara expuesto por razón de sus funciones a las contingencias del servicio.

En el caso de estudio los autos arrojan comprobaciones claras en virtud de las cuales se ve que Telmo A. Triana iba en el avión 642 porque "como unidad de las fuerzas aéreas tenía derecho a ser transportado en los aviones oficiales y que el día del siniestro viajaba en ese avión con autorización de los superiores respectivos", según la afirmación hecha por el señor Mayor Encargado de la Dirección General de la Fuerza Aérea (fol. 13, cuaderno número 3). Esta afirmación corrobora el aserto del hecho trece del libelo en que se dice que Telmo A. Triana "por su carácter de empleado de la aviación oficial nacional y por residir su familia o parte de ella en Bogotá, había solicitado y obtenido puesto en dicho avión para viajar a Bogotá el día del siniestro", hecho que no fue negado por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Bogotá al contestar el correspondiente traslado (fol. 24, cuaderno 1) y contra el cual no se adujeron pruebas en la primera ni en la segunda instancia de este negocio.

Estas razones llevan a la Sala a afirmar, como en efecto afirma, que el caso de Telmo A. Triana no

constituye un accidente de trabajo, porque para qué la muerte de un miembro del servicio técnico pueda catalogarse como tal para efecto del derecho consagrado en la disposición de la ley 196 antes transcrita, debe haberse producido "por causas del servicio legalmente comprobadas", esto es, durante el ejercicio del cargo que desempeñe, elemento que no concurre ahora por cuanto la presencia del citado mecánico en el vehículo militar en que recibió las lesiones mortales no obedecía a que éste estuviera asumiendo las funciones de su empleo sino al uso de una licencia para viajar en calidad de pasajero. Adelante al estudiar lo referente a la culpa del Estado se volverá sobre este punto con más detenimiento.

No habiéndose producido la muerte de Triana por un accidente de trabajo, no tienen aplicación las normas especiales dictadas por el legislador para el caso en que ello ocurra, y en consecuencia los familiares del difunto que en calidad de herederos únicos accionan en este juicio para pedir del Estado una indemnización de los perjuicios sufridos con el fallecimiento de su hermano no están sujetos a dichas disposiciones especiales. Se hace innecesario entonces el estudio de otra parte de la tesis aducida por el señor Agente del Ministerio Público según la cual el imperio de las leyes que protegen un riesgo profesional es exclusivo tratándose de reclamaciones originadas en hechos previstos y reglamentados por ellos, y que por lo tanto no tiene cabida el derecho común de la responsabilidad civil cuando se pide la reparación de daños causados por accidentes relativos a ese riesgo.

Tampoco ha de considerarse aquí el sentido de las prestaciones otorgadas por las disposiciones reglamentarias del servicio público de aviación, como las primas de riesgo de vuelo, a que alude el señor Agente del Ministerio Público, porque ellas se relacionan con los derechos de los empleados de dicho servicio frente al Estado, materia no tratada en este caso de responsabilidad e indemnización por los daños causados con la muerte de un individuo que viajaba en un vehículo de propiedad nacional, conducido por empleados nacionales, como simple pasajero, sin asumir función alguna vinculada a dicho servicio.

En el presente caso se demanda a la Nación ante la justicia ordinaria para que se declare la culpabilidad de ella en el accidente en que perdió la vida el mecánico Telmo A. Triana; se denuncia como causa de ese hecho el mal funcionamiento del servicio público de aviación militar; y se invocan como fundamentos de derecho "las disposiciones pertinentes del Título treinta y cuatro del Libro Cuarto del Código Civil, reglamentario de la responsabilidad civil extracontractual"; por todo lo cual esta Sala de la Corte considera viable la acción instaurada y declara su competencia para conocer de la segunda instancia de este juicio ordinario.

Entrando al estudio de los elementos de la relación extracontractual de responsabilidad civil, se examina lo concerniente a la culpa del Estado, entidad demandada en el pleito.

La jurisprudencia ha distinguido, en casos como el que se estudia, dos situaciones que condicionan en diferente forma cada una la manera como están obligadas las partes en tratándose de la prueba de la culpa. Una es la que corresponde a la persona extraña a la actividad que ocasionó el daño, quien tan sólo ha soportado pasivamente el advenimiento del hecho dañoso, y que por la razón de ser ajena al desarrollo de tal actividad no está obligada a conocerla en sus causas y sus consecuencias, los efectos que pueda producir un descuido por parte de quienes son responsables de ella; ignora la manera como actúan los organismos productores de una fuerza peligrosa y por lo mismo es de justicia que no se le obligue a esa víctima pasiva a probar cuáles fueron las precisas causas del daño que alega. La otra es la situación de quien sufre un daño en momentos en que desarrolla una actividad profesional de índole peligrosa, pero que él conoce y cuyo riesgo le es familiar por razón de las funciones que desempeña, por la práctica que tenga ejerciendo esas funciones, todo lo cual lo coloca como presunto conocedor del peligro, en posición de prever el hecho y contribuir, en cumplimiento de sus deberes profesionales, a evitar la realización de la catástrofe, o también de sufrir, como parte integrante del personal responsable de dicha actividad, las consecuencias del riesgo profesional inherente a la actividad productora del accidente, en circunstancias que lo presentan ante el juzgador, no ya como una víctima pasiva de la fuerza peligrosa, sino como naturalmente destinado según su oficio a conocerla, preverla y afrontarla, puesto que voluntariamente ha aceptado el riesgo que implica esa actividad. En el primer caso, se opera una inversión de la carga de la prueba; el reclamante, como tercero que es, extraño a la fuerza que le causó el perjuicio, no está obligado a demostrar la culpa de la empresa en el accidente, en el hecho imprevisible para quien desconociendo real o presuntamente el funcionamiento del agente dañoso y las proporciones y manera de conducirse la fuerza peligrosa que causó el suceso, mal podría explicar técnica y suficientemente todas y cada una de las causas en virtud de las cuales se operó aquél; para esos casos se ha admitido en la doctrina y en la jurisprudencia la

teoría de los **hechos culposos en sí mismos**, con la prueba de cuya existencia se vierte sobre el responsable de ellos la carga de aducir medios extraordinarios de justificación de tales hechos, que no pueden ser otros que el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima en la consumación del daño que se alega. El fallo de la Corte, dictado el 8 de noviembre de 1944, en el juicio seguido por la señora Florencia Córdoba viuda de Abadía contra la Nación, expuso esta doctrina más ampliamente.

Refiriéndose ese mismo fallo a la otra situación planteada cuando quien sufre el daño es una persona colocada en virtud de sus funciones en un puesto de peligro, frente a un riesgo profesional que está afrontando como un deber suyo, cuando la víctima está sometida al riesgo que representa una actividad peligrosa por formar parte del personal a cuyo cuidado se ha encomendado el agente mecánico que produce el suceso dañoso, dice la Corte:

"Pero la presunción de responsabilidad es inadmisible en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente extraño y ajeno a la ejecución de este hecho. El empleado que por cuenta de otro que tiene el carácter de dueño, dirige o maneja una cosa como automóvil, locomotora, aeroplano, etc., está obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños en la máquina, en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si él fuera su conductor; y aún tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, impidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore. De consiguiente, si sobre el dueño gravita la obligación de conducir, con extrema diligencia, cuando él acciona sobre la cosa, el empleado tiene exactamente igual compromiso, tanto en relación a terceros como con el propio dueño. Esto es obvio. Por lo tanto, si conduciendo sufre un accidente y se lesiona, no puede presumirse la culpa del dueño en el acaecimiento del hecho, para los efectos de indemnizar al empleado, pues el accidente ha sido hecho propio del conductor, y las personas responden de sus hechos y sufren sus consecuencias. Por el hecho de otro, en materia de responsabilidad delictual no hay presunción de culpabilidad distinta de la que recae sobre la persona bajo cuyo cuidado o dependencia está la causante del daño, según los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil. Mas esta presunción, basada en la violación de algunos deberes de vigilancia o mala elección, está creada en favor de los terceros víctimas del daño. El empleado causante directo del daño está lejos de contarse entre estos terceros, en relación con el empleador, pues él a su vez debe responderle a éste del daño originado en su hecho personal (artículo 2352, C. C.), a virtud del vínculo jurídico que los ata y que lo obliga a ejercer la función encomendada con sumo cuidado y diligencia para evitar el daño de la cosa, el daño a terceros y aun el daño del propio empleado que pueda repercutir sobre otros, inclusive el empleador. En consecuencia, el empleado o dependiente que en ejercicio de las funciones de conductor, chofer, maquinista, piloto, mecánico, obrero, etc., se causa daño en los momentos en que actúa, originado en un accidente, en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho a la reparación. No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado necesario de actos u omisiones del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir que en casos tales no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de **actor incumbit probatio**".

Para establecer el género de culpa que corresponde al Estado colombiano en el presente juicio la Sala debe tener en cuenta los siguientes hechos acreditados en el expediente:

Al folio 8 del cuaderno principal obra un certificado expedido por la Dirección General de Aviación, en el cual consta que el mecánico de la base aérea "Germán Olano", "Telmo A. Triana, quien se encontraba en servicio activo en la aviación militar, murió en el Hospital Militar a consecuencia de las heridas recibidas en el accidente de aviación ocurrido en dicha base el 15 de agosto pasado"; este documento tiene fecha 4 de septiembre de 1941. Tal circunstancia, la de morir el citado mecánico estando "en servicio activo en la aviación militar", a la cual se agrega el hecho de que el avión Ford 642, en que se hallaba en momentos en que acaeció el hecho por el cual sufrió las lesiones que le causaron la muerte, pertenecía a la Fuerza Aérea Nacional, unidad del Ejército a que estaba adscrito el citado mecánico, pudiera hacer pensar que se trata en este proceso de una reclamación por parte de los herederos de

un empleado contra el empleador, y cuyo fundamento, según se ha visto, ha de ser "la culpa de éste", por la razón de que estando empleado y empleador en un mismo plano jurídico por virtud de la presunción de culpa que los comprende, sigue entonces vigente para ellos entre sí la regla procesal **actor incumbit probatio.** Sin embargo, no puede desconocerse por el juzgador en este caso un dato que arrojan las comprobaciones de autos, según el cual el mecánico Telmo A. Triana no es, "el empleado o dependiente que en ejecución de las funciones de..... mecánico..... se causa daño en los momentos en que actúa, originados en un accidente". A folios 4 y 5 del cuaderno número 2 corre el "INFORME DE ACCIDENTE", de la Dirección General de Aviación, fechado el 15 del agosto de 1941, número 00135, y en el cual se lee: "Avión Ford 642. — Piloto, Cap. Héctor Arango. — Lugar Palanquero. — Ocurrió el accidente en (lugar) la base aérea Germán Olano. — El 15 de agosto de 1941, a las 8, 50 a. m. — 3.— Piloto (y tripulación) nombres y apellidos, grados, Capitán Arango. — Copiloto, Subtte. Carrasco. — Mecánico 1º, Izquierdo. — Mecánico 2º, Maya. — 4. — Pasajeros — nombres y apellidos, grados — armas — Teniente odontólogo, Arámbula. — Subtte Londoño. — Alférez Perilla. — Jefe Estadística, señor Zapata. — Mecánico Jefe, Angel. — Mecánico Jefe, Rocha. — Mecánico Jefe, Blanco. — Mecánicos segundos, Galvis, Triana, Vargas, Sarmiento, Rojas. — ..... 6.— Resultados del accidente en la tripulación, cuatro heridos. — Resultados del accidente en los pasajeros, dos muertos, once heridos. — ....." — En otras piezas del juicio, como en la contestación dada por el encargado de la Dirección General de Aviación al despacho librado por el Tribunal Superior de Bogotá, en la primera instancia, al Ministro de Guerra, para que certificara sobre algunos hechos, consta también en forma auténtica la calidad de pasajero en que viajaba el mecánico segundo Telmo T. Triana en el avión 642 en el acto del accidente en que recibió las lesiones que le produjeron la muerte.

En sentencia de marzo 24 de 1945 en la cual esta Sala falló el juicio seguido por Roque Valero Cruz contra la Nación, la Corte se ratifica en los principios ya expuestos en la providencia en parte transcrita atrás, dictada el 8 de noviembre del año pasado, y dice: "Tratárase de un tercero extraño a la empresa del Ferrocarril, **o de un obrero de ésta cuyas funciones fueran ajenas a la movilización del convoy**....., bastarían las solas circunstancias de esa muerte para presumir la culpa del demandado, en razón de la posición que ocupaba la víctima frente al autor del hecho". (Subraya la Sala). Asimilando en el presente caso la posición del mecánico Telmo A. Triana con la de un tercero extraño a la aviación nacional por cuanto no ocupaba el puesto de peligro que su profesión le señalaba en virtud de que viajaba como un mero pasajero, se concluye que obra en favor de los demandantes y en contra del Estado colombiano, la presunción de culpa que entraña un hecho dañoso del cual ha sido víctima un tercero ajeno a las causas mismas de él, por estar en el momento del insuceso separado de sus funciones propias y del riesgo profesional propio de la actividad en que pereció y a la cual estaba adscrito.

Para que la presunción de culpa que obra en contra de la empresa explotadora de la actividad peligrosa que ha producido el daño pueda desvirtuarse, se ha establecido que debe probarse la ocurrencia de fuerza mayor, caso fortuito o la intervención culposa de la propia víctima en la consumación de aquél. El señor Procurador no hizo alusión en los escritos presentados ante esta superioridad a los motivos del accidente aéreo del avión 642, ni de las probanzas traídas por la parte demandada se infiere la existencia de una causa eximente de la culpabilidad presunta que obra, por lo ya expuesto, en contra del Estado colombiano en el acaecimiento de la tragedia. Antes que atenuarse, la culpa de la Nación en este suceso se acentúa más a la vista de la copia expedida por el Ministerio de Guerra, Departamento Jurídico, del informe rendido por la Comisión designada por dicho despacho administrativo para investigar las causas de la caída del trimotor marca "Ford" tantas veces mencionado, documento que obra al folio 1 del cuaderno de pruebas de la Nación y en el cual se lee: "Del estudio del 'Informe de accidente' del comando de la base aérea de Pelanquero, como de los partes, informes y declaraciones rendidos por el personal de tripulantes y personal que presenció el accidente, se deduce lo siguiente: a). — La causa principal del accidente fue la falla que se presentó en el motor izquierdo, que consisti (sic) en estornudos intermitentes cuando en los momentos de la salida se hallaba el avión entre los cinco y cuarenta metros de altura más o menos. — Después se enumeran en seis ordinales los factores que han podido producir esa falla, y se concluye que "por el estado de destrozo en que quedó el avión no se sacó ninguna deducción fija"; mucho menos cuando por el trabajo normal durante la prueba antes de salir y en los vuelos anteriores no indicaba anormalidad alguna. — c) — La longitud de la única pista de aterrizaje que tiene la base, 900 metros, unido a las condiciones de los terrenos que la circundan, los cuales se encuentran cubiertos de árboles, troncos, edificaciones, cercas, zanjas, etc., se debe tomar como otra causa del accidente. Los suscritos miembros de la comisión

ponemos de presente, que, mientras la longitud de la pista permanezca en las condiciones actuales las fallas en los motores o comandos, que en un futuro se presenten por efecto del estado general del material de vuelo que tiene más de ocho años de servicio y el mantenimiento defectuoso que sufrió durante los años de 1932, 1933 y 1934, lógicamente tendrán consecuencias graves". Este informe fue ratificado ante la Corte por sus signatarios, como consta a folios 5 y 6, cuaderno 5, declaración del Teniente Coronel Alberto García Bonilla, que firma el informe referido como Jefe de la Sección de Operaciones; y a folios 5 y 5 v., cuaderno 6, declaración del Capitán Justino Mariño, encargado de la Sección Técnica del Ministerio de Guerra cuando ocurrió el accidente.

De lo expuesto se deduce que la culpa de la Nación, como entidad responsable del funcionamiento del servicio público de Aviación Militar, se halla establecida con base en las múltiples pruebas que demuestran el modo como se produjo el accidente del 15 de agosto de 1941 en la base aérea militar "Germán Olano" o "Palanquero", a consecuencia del cual perdió la vida el señor Telmo A. Triana.

Se solicita en la demanda que la Nación colombiana sea condenada al pago de los perjuicios sufridos por los actores debido a la muerte trágica de Telmo A. Triana. En la enumeración de los hechos que motivan las peticiones del libelo se dice que el mecánico Triana "con su trabajo personal no sólo satisfacía sus diversas necesidades personales sino que ayudaba económicamente a sus hermanos....., y constituía una seguridad económica de ayuda a sus hermanos en el porvenir" y que el siniestro de que fue víctima Telmo constituyó un atentado contra el patrimonio moral y material de ellos. A establecer este hecho de la ayuda económica que recibían de su hermano y el consiguiente perjuicio de orden material que sufren por su muerte tienden los actores mediante el aporte al acervo probatorio de un conjunto de declaraciones cuyos autores manifiestan a este respecto:

Doctor Luis Darío Rocha (folios 7 y 7 v., cuaderno 3) "sé que les ayudaba a sus hermanos y mantenía con ellos muy buenas relaciones, distinguiéndose siempre por su cariño y aprecio".

Señor Héctor M. Ruiz S. (folios 22 y 22 v., cuaderno 3): "Por ser yo bastante amigo de Telmo y de su familia me consta que las relaciones entre él y sus hermanos Darío A., María del Carmen, María Eutopia y Rosa Elisa Triana eran muy cordiales, él de sus sueldos siempre que venía les traía regalos de consideración y era su propósito educar algunos de sus sobrinitos".

Adolfo Cañón (folios 27 a 28, cuaderno 3): "Me consta que el citado Telmo A. Triana era un joven de buenas costumbres, inteligente, trabajador y buen miembro de familia y buen ciudadano y me consta que ayudaba económicamente a sus hermanos".

Laurentino Sierra (folios 28 a 29, cuaderno 3): "Me consta que el citado Telmo A. Triana era un joven de buenas costumbres, trabajador, inteligente y buen miembro de familia y buen ciudadano y me consta que ayudaba económicamente a sus hermanos".

Abel Carrasco (folios 29 a 30, ib.): "Me consta que el citado Telmo A. Triana era un joven de buenas costumbres, inteligente, trabajador y buen miembro de familia, buen ciudadano y me consta que ayudaba económicamente a sus hermanos".

Fernando Ruiz (folios 30 a 31, ib.): "Me consta que el señor Triana era excelente hijo, así como buen hermano, ayudándoles económicamente a todos sus hermanos".

Nicolás Páez (folios 39 y 39 v., ib.): "Tengo conocimiento que (sic) el señor Telmo A. Triana tenía un hermano y varias hermanas de las cuales me habló en varias ocasiones, y tengo también conocimiento de que les ayudaba monetariamente, girándoles regularmente ciertas sumas de dinero".

Julio S. Cuérvo (folios 3 v. a 4, cuaderno 5): "Me consta también el cariño que demostró para con sus hermanos, especialmente para Darío A. Triana y una hermana que tiene un marido enfermo; ese cariño era la correspondencia a los esfuerzos que sus hermanos hicieron para educarlo. El afecto de Triana para con sus hermanos se manifestó con ayudas de carácter económico cuando comenzó a devengar en su profesión".

Enrique Muñoz (folios 4 y 4 v., ib.): "Telmo A. Triana era muy buen hermano y ayudaba mucho a su familia económicamente".

Arturo Torres U. (folios 14 y 14 v., ib.): "Me consta personalmente por mi amistad con el extinto Triana y con su hermano Darío A. que aquél mantuvo relaciones fraternales con sus hermanos Darío A., María del Carmen, María Eutopia y Rosa Elisa Triana y les ayudaba pecuniariamente a las necesidades de la familia con una pensión mensual de ochenta pesos moneda corriente, además de los regalos que frecuentemente le hacía a sus hermanos".

Nicolás Páez, al declarar por segunda vez en este juicio dijo ante la Corte: "Me consta por las razones anotadas anteriormente, que se escribían con frecuencia con sus hermanos a los cuales prestaba su apoyo pecuniario por haberle visto hacer mensualmente giros consignados a favor de uno de éstos". (Fols. 17 a 18, ib.)

Se trata, con estos únicos elementos de prueba, de hacer la demostración de que los hermanos de Telmo A. Triana eran beneficiados por éste con un apoyo económico. Basados en la invocación de este hecho los demandantes imputan al Estado un perjuicio de orden material consistente en la falta de ese apoyo.

Toca a la Sala en primer término decidir si el hecho de la ayuda económica de que habla la demanda aparece demostrado. El medio probatorio empleado en orden a producir esa demostración está constituído por las declaraciones transcritas en lo pertinente. Para que ellas sean plena prueba del hecho a que aluden deben ser concordantes en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que individualicen el suceso de que se trata, según lo establecido por el artículo 697 del C. J. normativo del valor probatorio del testimonio. Se nota en los términos de las deposiciones una imprecisión absoluta, porque no se puede deducir de ellas la forma como se manifestaba el auxilio de Telmo A. para sus hermanos, ya que siendo ellos en número de cuatro, estando en condiciones diferentes, como es de presumir, unos con relación a los otros, ya por razón del sexo, ya por vivir en diferentes lugares como consta en autos, o por ser una de las hermanas, Rosa Elisa Triana de Hernández, enferma de lepra y serlo su esposo desde hace varios años, la intensidad de la ayuda no era igual seguramente para todos, como se da a entender en los testimonios. Solamente Nicolás Páez y Arturo Torres hacen mención de formas o modos de apoyo económico diciendo el primero "haberle visto hacer giros mensualmente consignados a favor de uno de éstos (los hermanos", y el segundo que "ayudaba pecuniariamente a las necesidades de la familia con una pensión mensual de ochenta pesos".

Aun sin entrar a discriminar sobre la posibilidad de hacer mensualmente el envío de la cantidad señalada por Torres con base en el sueldo que devengaba en la época de su muerte el mecánico Triana, la Corte observa que tampoco satisfacen a la demostración de que se trata estas afirmaciones, porque siendo varios los hermanos, como ya se ha visto, y residiendo en varios lugares (dos en Guachetá, uno en Bogotá y el otro en Agua de Dios) nada dicen los deponentes sobre la dirección que llevaran esos envíos de dinero ni acerca del destinatario de ellos, como tampoco tratan del conducto por el cual se hacían los mismos. No reúnen pues los testimonios aquí relacionados las formalidades legales según las cuales "no se permite al testigo se limite a decir simplemente que es cierto el contenido de la pregunta' sino que debe explicar cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos". El testimonio debe ser exacto y completo, y en él se "debe poner en claro la confianza que merezca el testigo, y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma, o de que tiene noticia" (artículo 688 del C. J.) Aparece palpablemente fundada la crítica hecha a los testimonios transcritos aquí, a la vista de las preguntas formuladas sobre el punto de ayuda económica en los cuestionarios sometidos a los deponentes. En efecto, el ordinal 6º del punto diez del memorial de pruebas de la parte demandante dice: "6º Que digan (los testigos) lo que les consta sobre las relaciones que mantenía con sus hermanos Darío A., María del Carmen, María Eutopia y Rosa Elisa Triana y sobre la ayuda que presta a éstos....." En el punto undécimo se solicita que los testigos depongan "sobre la ayuda económica que prestaba el citado Telmo A. Triana a sus hermanos Darío A., María del Carmen, María Eutopia y Rosa Elisa Triana, especificando sobre la forma y circunstancias y cuantía de dicha ayuda y expresando la razón o el por qué de sus afirmaciones". Se limitan las respuestas a hacer alusión a los términos en que están redactadas las preguntas, y se dejaron sin comentario alguno por parte de los deponentes varios de los puntos trascendentales para dar fuerza y eficacia legal a sus conceptos sobre el hecho indagado.

De otro lado, no se ha hecho mérito en el juicio de la existencia actual de apremiantes necesidades de la familia Triana sobrevenidas a raíz de la desaparición de quien antes las satisficiera, poniéndose así de relieve un perjuicio a cuya reparación deba ser obligado el Estado como culpable de la muerte de aquél. Los datos que arrojan las comprobaciones de autos sobre el estado de la familia se hallan en las partidas eclesiásticas de matrimonio de María del Carmen, Rosa Elisa y María Eutopia Triana, las tres hermanas que figuran en este proceso como demandantes; afirma la demanda, y así lo comprueban algunas declaraciones y certificados, que una de las hermanas, Rosa Elisa Triana de Hernández, se halla recluída en el lazareto de Agua de Dios en calidad de enferma, en compañía de su esposo que también lo está; las declaraciones dicen también que todos los hermanos Triana son personas que viven de su propio trabajo y que con el producido de éste atendieron a la educación de su hermano menor Telmo. Estos informes no son eficaces para subsanar la deficiencia de las exposiciones testimoniales porque de ellos no se concluye en manera alguna que exista en relación con "los familiares" ni particularmente con alguno de ellos un perjuicio material causado por la falta del apoyo que los demandantes afirman les proporcionaba su hermano con el producto de

sus labores como mecánico de aviación. Se desconocen sus medios de subsistencia, esto es, la actividad a que se dedican y el volumen de sus ingresos, la relación entre estos ingresos y sus necesidades, en fin, su situación económica, la que podría poner de bulto la falta que a todos o a alguno de ellos hace hoy el aporte con que su extinto hermano contribuía a solventar sus menesteres. En estas condiciones estaría someramente justificado el reconocimiento que por la justicia se pronunciara del perjuicio económico que los actores solicitan en este juicio por cuanto la prueba indiciaria se hubiera fortalecido en orden a la demostración de las consecuencias de carácter económico sufridas por los actores y constitutivas del perjuicio patrimonial cuya reparación demandan.

Por las razones expuestas la Sala estima que no se ha demostrado el hecho de la ayuda económica que se afirma prestaba Telmo A. Triana a sus hermanos Darío A., María del Carmen, María Eutopia y Rosa Elisa Triana, y por lo tanto no puede reconocerse por la justicia el derecho alegado por los actores a obtener de la Nación, una reparación económica por un daño material cuya existencia no se ha establecido legalmente.

En el ordinal E) del libelo se dice:

"E) — Subsidiariamente a la petición formulada en el ordinal D) inmediatamente anterior: Que la Nación está obligada a pagar, dentro del término legal a los herederos de Telmo A. Triana, la suma de pesos que se fije dentro del juicio a la indemnización de los perjuicios causados al mismo Telmo A. Triana con la caída del avión mencionado ocurrida en las circunstancias indicadas, más los intereses legales de esta suma liquidados desde la fecha que señale el Tribunal hasta el día del pago".

La Corte encuentra fundadas las objeciones que a esta petición hace el señor Procurador Delegado en lo Civil en los apartes de su concepto que pasa a transcribir:

"¿Cuáles podrían ser los perjuicios sufridos por el propio señor Telmo A. Triana con el accidente del 15 de agosto de 1941? Ese perjuicio no puede ser otro que la incapacidad de trabajo desde el momento del accidente hasta el instante de su muerte y el dolor físico y moral ocurrido en el mismo lapso. Uno y otro perjuicio queda prácticamente excluído, por insignificante, ya que la muerte del señor Triana fue casi instantánea. Ese fue el único perjuicio que se radicó en cabeza de Telmo A. Triana antes de morir y, por consiguiente, el único que pudo transmitir a sus herederos, y, por lo mismo, el único que éstos en su calidad de herederos, podrían demandar. Esta tesis de la indemnización a favor de los herederos por los perjuicios causados personalmente a la víctima de un accidente como éste, ha sido rechazada por esa Honorable Corte en numerosas ocasiones, estimando que quien perece trágicamente en un accidente no recibe personalmente un perjuicio que dé origen a una acción que puede ser transmitida a sus familiares. En esta clase de asuntos, sólo puede demandarse el perjuicio sufrido personalmente por el demandante, lo que, por lo demás, favorece casi siempre al actor en estos litigios".

Agrega la Sala:

En cuanto a los gastos de enfermedad se sabe que el herido Triana fue atendido por las dependencias oficiales de carácter médico como el Hospital Militar Central de Bogotá, según consta en la Historia Clínica número 3854 correspondiente a Telmo A. Triana (fols. 5 a 7, cuaderno 1), donde se siguió con toda precaución el curso de sus afecciones y se hicieron los mayores esfuerzos por impedir el desenlace fatal del accidente sufrido por él; no se ha establecido que el lesionado hubiera recibido perjuicios de orden económico con motivo de sus dolencias, y hubiera adquirido así antes de su muerte crédito alguno que sus herederos puedan hacer efectivo hoy por medio de la justicia contra la Nación como causante de las lesiones que lo redujeron al lecho. Tampoco es admisible que se refieran los actores en su petición a la indemnización del dolor físico y moral que le produjo el accdiente aéreo del 15 de agosto de 1941 a Telmo A. Triana, pues como es natural ese perjuicio moral subjetivo, tanto como el objetivado que se refiere a la capacidad de trabajo, no es posible que se radique física ni jurídicamente en persona distinta de quien lo sufre, y por tanto, desaparecido éste, se extingue la acción nacida de ese daño. El daño moral que se paga a los herederos en estos casos de indemnización de perjuicios es el que en forma meramente subjetiva o con caracteres de objetividad, se ha radicado en ellos por la muerte de su causante.

Por consiguiente, no encuentra la Corte fundada la petición hecha por los actores de que el Estado colombiano les indemnice de perjuicios recibidos por el señor Telmo A. Triana a consecuencia del accidente que le produjo la muerte.

De las partidas eclesiásticas traídas al juicio aparece que Telmo A. Triana era el menor de los hijos de Telmo Triana y Emelina Segura. Varios declarantes afirman que habiendo muerto el padre, la crianza y educación del joven Triana se debió en gran parte a sus hermanos, los demandantes, quienes con las declaraciones juramentadas de Marco A. Rodríguez y Luis Carrasco Amaya demuestran no

aber más hermanos suyos del matrimonio de sus pares. También afirman varios deponentes que Telmo A. Triana murió soltero y sin descendencia conocida. Sobre su personalidad están acordes los testimonios con lo afirmado en la demanda acerca de los buenos sentimientos, la rectitud de sus procederes y su conducta ejemplar tanto en sus actividades profesionales como en sus relaciones sociales.

Consta en el informativo que el señor Telmo A. Triana hizo estudios en su pueblo natal, Guachetá, y en la capital de la República donde, al decir de los declarantes, perteneció a la Escuela de Comercio y fue alumno de las Escuelas Internacionales.

El día 1º de abril de 1937 recibió el diploma de Mecánico Ayudante de la Aviación Nacional, por haber hecho el curso correspondiente en la Base Aérea de Madrid durante once meses, según el certificado expedido por la Dirección General de la Fuerza Aérea (folios 34 a 36, cuaderno número 6).

Por Resolución número 445 de 12 de abril de 1940, del Ministerio de Guerra, fue ascendido a Mecánico Segundo, grado con el que fue destinado a la base de Palanquero y que tenía al morir.

Las circunstancias antes anotadas de la posición ocupada por el Mecánico Triana en la familia, su personalidad, las relaciones de afecto y generosidad que de autos aparecen, no dejan notar la falta de una prueba específica sobre el perjuicio moral subjetivo, ya que el dolor que produce a una familia la desaparición de uno de sus miembros en condiciones como las que rodean este hecho en el presente caso, se halla amparado por una presunción de hombre, de tal manera que quien pretenda desvirtuar ese presupuesto aceptado por la jurisprudencia debe aportar elementos de convicción suficientes para establecer que en determinado caso existe una excepción a esta regla general de apreciación. No habiendo en el informativo constancias que lleven a la Sala a creer que los actores hayan sido ajenos al sufrimiento que en la generalidad de los casos ocasiona el suceso trágico de la muerte de un hermano, no puede menos de admitirlo en la intensidad que permite suponer el grado de parentesco de que aquí se trata. El criterio adoptado por la jurisprudencia cuando de la consideración de este daño moral se ocupa ha sido atribuírle a las sumas que se decreten en atención a él un significado de "satisfacción o de afirmación de parte de la justicia del derecho vulnerado". (Gaceta Judicial, Tomo LI, página 471), significado dentro del cual la cuantía ha de desempeñar un papel secundario, porque siendo indudable que ese dolor moral no puede ser materia de un avalúo preciso, matemático, tampoco puede ser comprendido dentro de una cantidad que lo compense o lo repare en la medida exacta de sus proporciones, como cuando se trata del daño material. El juzgador se ha de limitar entonces a reconocer su existencia, quedando a su cuidado la fijación del monto que ha de expresar simbólicamente la satisfacción de una obligación a cargo de quien causa el daño, aunque no del daño mismo, por lo ya expuesto. A propósito de la suma que ha de fijarse, la ley penal en su artículo 95 atendiendo a la ocurrencia de un daño cuya cuantía no pueda determinarse precisamente, establece: "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 ($ 2.000.00-". La Sala, interpretando esta disposición ha concluído que la suma que "al ofendido" deba corresponder al decretarse judicialmente la satisfacción, puede llegar hasta el límite allí fijado, que es de dos mil pesos, y desde luego, tratándose no ya de uno sino de varios ofendidos, la regla dada por el precepto tiene aplicación para cada uno de ellos separadamente, puesto que el volumen de la obligación a satisfacer está condicionado por el número de patrimonios morales lesionados y por la intensidad con que cada uno de los ofendidos haya experimentado subjetivamente las consecuencias del hecho dañoso. La Sala de Casación Civil de la Corte, en reciente providencia (juicio de Carmen Peñuela viuda de González y otros contra la Compañía Productora de Derivados del Dulce, S. A., de 6 de junio de 1945, no publicada aún en la Gaceta Judicial), expresa su conformidad con esta doctrina que ha venido aplicando la de Negocios Generales.

El perjuicio moral subjetivo cuya satisfacción impetran los hermanos de Triana en este litigio fue fijado por el Tribunal en la suma de quinientos pesos ($ 500.00) para cada uno de ellos. La Corte, teniendo en cuenta las declaraciones traídas a los autos en la segunda instancia sobre la bondad que distinguía al joven Triana en sus relaciones con los reclamantes y la armonía que reinaba entre ellos, cree justo elevar esa suma a la de mil pesos ($ 1.000) para cada uno.

El día 25 de mayo pasado se recibieron en este despacho de la Corte unas declaraciones pedidas por la señora Rosa Elisa Triana de Hernández ante el señor Corregidor del Lazareto de Agua de Dios, donde ella reside, así como un memorial dirigido al señor Presidente de la Corte, tendientes a probar el perjuicio material sufrido por ella con ocasión de la muerte de su hermano Telmo A. Triana.

Ese conjunto de elementos probatorios no puede ser considerado por la Corte por las razones siguientes:

Para que una prueba pueda ser estimada, establece el artículo 597 del Código Judicial, ha "de formar parte del proceso: ..... 3º Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse el fallo". El término probatorio de este juicio, en la segunda instancia se venció el día 27 de febrero de 1945 (folio 6 v., cuaderno número 4). Precluyó en esa fecha el término para pedir y practicar las pruebas. Durante ese lapso el apoderado de los actores no solicitó la práctica de dichas declaraciones y por consiguiente la Corte no la decretó. Es más: la citación para sentencia se hizo por auto fechado el 23 de marzo anterior a la presentación de las pruebas de que aquí se trata (folio 19, cuaderno número 4).

El imperio de las normas de procedimiento es de orden público. En su observancia reposa la garantía de los derechos que tienen los litigantes a lo largo del proceso, de manera que si el juzgador deja de lado en favor de alguna de las partes la aplicación de los principios que consagran las normas procedimentales incurre en violación de los derechos amparados por esas normas y por consiguiente falta a sus deberes de rectitud e imparcialidad. El artículo 597 antes citado encierra el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica. Los medios de defensa que lleven las partes al proceso deben reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes les señalan. Vencido el período de prueba que para el juicio ordinario de mayor cuantía otorga el artículo 758 del C. J., durante la segunda instancia, precluye, o lo que es lo mismo, se cierra, la posibilidad de pedir las pruebas, en cuanto hace a los litigantes, y en relación con el Juez la de decretar la práctica de ellas. Las que se aduzcan sin pasar por estos trámites son inadmisibles por ser legalmente ineficaces para obrar en el juicio. (Artículo 596 del C. J.)

Ya se vio que los escritos enviados desde Agua de Dios por la señora Rosa Elisa Triana de Hernández no reúnen las condiciones exigidas para su admisibilidad, cuales son las de haberse pedido, decretado y practicado antes de la citación para sentencia, de acuerdo con las oportunidades procesales que señala el Código para cada una de tales formalidades; luego la Corte no puede estimarlas hoy al fallar el negocio sobre el cual versan.

Por todo 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 proferida en este juicio ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de marzo de 1944, y en su lugar resuelve:

PRIMERO: El Estado colombiano es civilmente responsable de los perjuicios causados a los demandantes Darío A. Triana, María del Carmen Triana de Carrasco, María Eutopia Triana de Rocha y Rosa Elisa Triana de Hernández con la caída del avión marca "Ford" número seiscientos cuarenta y dos (642), ocurrida el 15 de agosto de 1941 en la base aérea denominada "Germán Olano" o "Palanquero", a consecuencia de la cual murió Telmo A. Triana, hermano de los actores.

SEGUNDO: La Nación pagará, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal colombiana, a cada uno de los hermanos de Telmo A. Triana como indemnización por los perjuicios morales subjetivos sufridos por éstos, mencionados en el numeral anterior, haciendo la deducción de la cuota correspondiente a su apoderado, doctor Marco Naranjo López, de acuerdo con los contratos de cesión a que se alude en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se absuelve a la entidad demandada del pago de perjuicios materiales y morales objetivados a la parte actora.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DEL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

El cumplimiento unilateral e inadecuado del contrato, equivale a falta de cumplimiento de lo pactado, y en tal caso la parte agraviada tiene el derecho que le confiere el artículo 1546 del código civil de pedir o la declaración judicial de resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios. La demanda se presta a interpretaciones, pero los defectos formales de ella sólo autorizarían al juez para encuadrarla, en cuanto su naturaleza lo permita, dentro de la figura de derecho que corresponda, mediante una interpretación racional de sus términos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:

Doctor Eleuterio Serna R.)

El señor Roberto González Porrati, vecino de Barranquilla, por medio de apoderado, en libelo de demanda presentada ante la Corte, solicita que previa sustanciación de un juicio ordinario de única instancia se hagan contra la Nación colombiana las siguientes declaraciones:

"PRIMERO. — Que estuvo vigente por todo el tiempo necesario para llevar a cabo la obra de apertura de Bocas de Ceniza, o sea hasta el día en que el Gobierno Nacional recibió la obra, el contrato bilateral, oneroso y conmutativo que se celebró en 1926 entre el Gobierno Nacional y el señor Roberto González Porrati, sobre arrendamiento y explotación de las canteras de piedra que existen en el predio de "Sierra Vieja" o "Pajonal", ubicado en el Departamento del Atlántico, y según linderos contenidos en las escrituras públicas números 1035 del 21 de julio de 1919, 426 y 427 de 27 de marzo de 1925, de la Notaría Primera de Barranquilla, contrato que lleva fecha 14 de abril de 1926, aclarado el 24 de mayo subsiguiente y aprobado por el Gobierno Nacional, el 19 de junio del mismo año de 1926.

"SEGUNDO. — Que a virtud de dicho contrato, la Nación debe reconocer y pagar a Roberto González Porrati, como de plazo vencido, la suma de setenta mil ochocientos ochenta y dos pesos y treinta y cinco centavos ($ 70.882.35) m. cte. a que asciende el importe de la piedra extraída PARA CONSTRUCCION, de las canteras que fueron objeto de dicho contrato, o sea el valor de cuatrocientos setenta y dos mil quinientos cuarenta y nueve (472.549) metros cúbicos de piedra, sólida y servible, extraídas del predio explotado, a razón de quince centavos ($ 0.15) cada metro cúbico, desde julio de 1929 hasta el día 31 de agosto de 1941.

"TERCERO. — Que a virtud de la explotación, de hecho, llevada a cabo, sin solución de continuidad y como desarrollo del mismo contrato de 1926, por la Nación y con posterioridad a la entrega de la obra de Bocas de Ceniza por los contratistas, la Nación debe, de plazo vencido, a Roberto González Porrati, el importe de cuarenta y ocho mil ochocientos treinta y nueve (48.839) metros cúbicos de piedra sólida y servible extraída del predio de "Sierra Vieja" para CONSERVACION de la obra de Bocas de Ceniza, al mismo precio de quince centavos ($ 0.15) m. cte. por metro cúbico, o sea la suma de siete mil trescientos veinticinco pesos con ochenta y cinco centavos ($ 7.325.85) m. cte.

"CUARTO. — Que la Nación rompió unilateral, inadecuada e intempestivamente, el contrato pormenorizado en el pedimento primero, y a que se refieren las afirmaciones de este libelo, sin justa causa y con violación de la cláusula cuarta de dicho contrato, debiendo considerarse tal contrato como vigente, por todo el tiempo que fue necesario para la terminación de la obra de Bocas de Ceniza, o sea hasta el día que se entregó tal obra al Gobierno Nacional".

En subsidio suplico lo siguiente:

"a) — Que la Nación debe pagar a Roberto González Porrati, el importe de la piedra extraída, desde julio de 1929 hasta la fecha del fallo, de los terrenos a que se refiere el contrato que entre ella como persona de derecho privado y el demandante se celebró con fecha 14 de abril de 1926, cuya cuantía se comprueba en el curso de este juicio, a razón de quince centavos ($ 0.15) por metro cúbico, o en el de las diligencias que procedan posteriormente para el cumplimiento de la sentencia.

"b) — Que si la Nación sigue desconociendo el contrato de 14 de abril debe restituír y está en mora de restituír a Roberto González Perrati los terrenos y las canteras que éste le entregó por la ubicación y linderos del contrato especificado en el pedimento primero principal de este libelo".

A continuación se transcriben los hechos de la demanda en que el actor apoya su derecho:

"I. — En el año de 1926, y en el mes de abril, los contratistas y delegados del Gobierno Nacional para la obra de construcción de Bocas de Ceniza, celebraron con Roberto González Porrati, un contrato civil de explotación de unas canteras de piedra, según las modalidades y prestaciones establecidas en la copia autenticada que de dicho documento acompaño a este libelo, y que fue aprobado por el Gobierno Nacional, con fecha junio 19 de 1926.

"II. — La casa Black, Mckenney & Stewar, fue la encargada de iniciar la explotación de las canteras, en representación y con delegación administrativa del Gobierno Nacional, entidad que vino pagando religiosamente la piedra extraída, desde noviembre de 1927 hasta junio de 1929.

"III. — A fines del año de 1929, el Gobierno Nacional suspendió temporalmente los trabajos de Bocas de Ceniza, y posteriormente resolvió el contrato que había celebrado con la casa Black, Mckenney & Stewar, dejando en las canteras de González Porrati todo el equipo de explotación.

"IV. — En el año de 1933, según escritura pública número 1954, del 20 de noviembre, de la Notaría Tercera de Bogotá, publicada en el Diario Oficial número 22450, que acompaño, el Gobierno Nacional como persona de derecho privado contrató la terminación de la obra de Bocas de Ceniza, con el señor Roberto Parrish, en representación éste de las compañías allí expresadas.

"V. — Las compañías mencionadas continuaron la explotación de dichas canteras, en nombre del Gobierno Nacional y para beneficio de la Nación, en la referida obra nacional de Bocas de Ceniza, desde el 29 de diciembre de 1933 hasta la total terminación de la obra.

"VI. — La obra de Bocas de Ceniza fue entregada al Gobierno Nacional, pero en forma irregular continúa el Gobierno y las entidades que él ha delegado al efecto, extrayendo piedra, para la conservación de tajamares, etc.

"VII. — Para los trabajos de construcción se extrajeron de las canteras, del predio "Sierra Vieja" y "Barranco" desde el 29 de diciembre de 1933 hasta el 31 de marzo de 1939, cuatrocientos setenta y dos mil quinientos cuarenta y nueve (472,549) metros cúbicos de piedra sólida y servible, utilizable para la obra conforme a las especificaciones del contrato con González Porrati, y cuarenta y ocho mil ochocientos treinta y nueve (48839) metros cúbicos de los predios "Barranco" y "Sierra Vieja", para la conservación de la obra, desde el 11 de diciembre de 1936 hasta el 31 de agosto de 1941.

"VIII. — Estas cantidades de piedra no han sido pagadas hasta la fecha, por la Nación, no obstante habérselo reclamado administrativamente como consta de los documentos que acompaño, y de las Resoluciones que el Ministerio de Obras Públicas ha dictado, negando satisfacer los reclamos elevados por el suscrito Mackenzie como apoderado legal en Bogotá, del señor González Porrati.

"IX. — Los predios con sus canteras, mejoras y anexidades, pertenecen a Roberto González Porrati, con justo título, por compras sucesivas que de ellos hizo de la siguiente manera:

"Por venta que le hizo Eladio Barranco, según escritura pública número 1.035 de 21 de junio de 1919, Notaría Primera de Barranquilla; por venta que le hizo el mismo Eladio Barranco, según escritura pública número 427 de 27 de marzo de 1925 de la Notaría Primera de Barranquilla; por venta que le hizo el mismo Eladio Barranco, según escritura pública número 841 de 8 de junio de 1940, Notaría Tercera de Barranquilla; por declaraciones y ratificación que en su favor hicieron Sabas Barranco Soto, María Pina Barranco Soto, Eladio Andrade, Catalina Andrade de Taliens, Eladio Andrade y Digna Amérita Andrade Gorut, según escrituras públicas números 862 y 863 de 12 de junio de 1940, de la Notaría Tercera de Barranquilla, y por compra a Eladio Barranco, según escritura número 941 de 13 de marzo de 1929, de la Notaría Segunda de Barranquilla.

"X. — El demandante ha venido en posesión regular permanente y de buena fe, de esos predios, ejecutando actos de señor y dueño, con anterioridad al contrato con el Gobierno Nacional, que oportunamente se detallarán y demostrarán, y su dominio e inscripción en la Oficina de Registro del Círculo de Barranquilla, no ha sido cancelado de ninguna de las maneras previstas por la ley.

"XI. — La Nación entró a aquellos predios, por conducto de los contratistas Black, Mckenney & Stewar, a título de arrendataria y concesionaria de las canteras allí existentes, sin alegar ella entonces dominio ni derecho de propiedad sobre tales canteras y su suelo.

"XII. — De un momento a otro, la Nación no paga la piedra, y se considera como dueña de los predios de González Porrati, y pretexta que ellos deben pasar a una reserva nacional, dictando el Decreto número 1656 del 3 de octubre de 1933.

"XIII. — El Gobierno Nacional no hizo inscribir ese Decreto en la Oficina de Registro en los días de su expedición, ni después cuando como apoderado de González Porrati presenté en noviembre de 1941, la última reclamación de pago, de modo que tales predios no han salido del comercio, y sobre ellos ha podido negociar González Porrati y terceros, libremente, instituír gravámenes, etc.

"XIV. — González Porrati cumplió con dejar sacar y extraer toda la piedra que el Gobierno quiso, y para la fecha de esta demanda, jamás ha impedido por la fuerza o pretextando acciones judiciales o de policía, impedir esa extracción, porque siempre ha creído que algún día se le hará justicia a sus derechos ordenándose el pago de lo extraído y retirado de sus canteras.

"XV. — González Porrati reclamó el pago de la piedra que se estaba extrayendo en el año de 1933, pago que fue injustamente negado en 1935, pero como la Resolución Ministerial dejara el campo abierto, porque se remitía al Ministerio de Industrias, se hizo allí otra gestión, que fue resuelta en agosto de 1935 en el sentido de que era el Organo Judicial, el que debía desatar la cuestión.

"XVI. — Vinieron luégo algunas conversaciones amistosas entre las partes que no tuvieron resultado satisfactorio, y en el año de 1941, volví a reclamarle a la Nación, y el Ministerio de Obras Públicas insistió en negar el pago, pero alegando ahora que no estaba González Porrati en posesión económica y que la acción de perjuicios dizque por expropiación, había prescrito.

"Se interpuso recurso de reposición y fue fallado por Resolución de 5 de marzo de 1943, en el sentido de confirmar aquella negativa.

"XVII. — El Gobierno Nacional no dictó hasta la fecha ningún Decreto de expropiación contra los predios de González Porrati que forman el objeto de este libelo, ni ha comisionado a ningún Fiscal para que inicie el respectivo juicio.

"XVIII. — La Nación no tuvo solución de continuidad alguna entre la ocupación que hizo, a virtud del contrato bilateral que firmó con González Porrati en abril de 1926, y el mantenimiento de sus trabajos a virtud del Decreto sobre reserva nacional; es decir, desde que entró como arrendataria y llevó allí equipos y maquinarias de extracción, hasta la fecha, no se ha retirado de aquellos parajes, sino que ha permanecido en sus trabajos para la conservación de la obra de Bocas de Ceniza, y retiene los predios aludidos y las canteras, contra todo derecho.

"XIX. — Cuando la Nación contrató, por conducto de sus contratistas, representantes y delegatarios para la obra de Bocas de Ceniza, lo hizo como entidad de derecho privado, capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones, y fue así como reconoció la propiedad ajena, la pidió en arrendamiento, mediante el pago de un precio que se fijó en el respectivo contrato.

"XX. — En el predio arrendado de "Pajonal", existen varias canteras denominadas también "Barranco" y "Sierra Vieja" pero contenidas todas ellas dentro de los linderos que han quedado especificados en las escrituras de adquisición, citadas en otro aparte de esta demanda".

Corrido el traslado correspondiente al señor Procurador Delegado en lo Civil, este funcionario contestó la anterior demanda oponiéndose a sus declaraciones.

El juicio se abrió a prueba, al vencimiento de cuyo término se corrió el expediente en traslado para alegar, y luégo se citó a las partes para sentencia, la que por tanto corresponde dictar ahora.

La cuestión controvertida

Con el libelo de demanda el demandante exhibió copia del documento de fecha 14 de abril de 1926, suscrito por el señor González Porrati, y aprobado por el señor Presidente de la República, previo concepto del Consejo de Ministros, el 19 de junio del mismo año, contentivo dicho documento del contrato sobre explotación de canteras, en un inmueble de propiedad del mismo señor, celebrado a nombre del gobierno por el representante de la casa americana Black, Mckenney & Stewar, Engineers, contratistas de la obra de apertura de las Bocas de Ceniza. Pertenecen a ese contrato las siguientes cláusulas, que se transcriben por tener relación con el pleito:

"PRIMERO. — El contratista deja constancia de que él es el dueño en derecho del predio denominado "Sierra Vieja" o "Pajonal", según especificaciones contenidas en las escrituras públicas números mil treinta y cinco (1.035) de veintiuno de julio de mil novecientos diez y nueve y cuatrocientos veintiséis (426) de veintisiete de marzo de mil novecientos veinticinco (1925) de la Notaría primera de ese Circuito Notarial y de Registro, menos la parte dejada en favor de los herederos de don Gabriel Martínez Aparicio, delineada en el plano levantado por la casa Ulen & Company y por los cuales documentos está en capacidad y goza de las facultades legales para celebrar un contrato.

"SEGUNDO.—El contratista conviene en permitir a los agentes, empleados y trabajadores de la casa constora Ulen & Co., libre entrada y salida a su propiedad anteriormente nombrada y especificada, extender líneas férreas, taladrar y ejecutar cuantas obras se

considere necesarias para la extracción de piedra de las canteras existentes y transportar de los límites de la propiedad la piedra sólida que juzguen servible para la obra de la apertura de las Bocas de Ceniza.

"TERCERO. — El Gobierno conviene en pagar al contratista por las cantidades de piedra sólida y servible extraída de su propiedad por la casa Ulen & Co., la suma de quince centavos ($ 0.15) por cada metro cúbico; además conviene en llevar la contabilidad de la cantidad de piedra sólida y servible extraída de la propiedad y de computar y liquidar la cuenta del contratista dentro de los primeros cinco días del mes posterior a aquel en que la obligación fue contraída.

"CUARTO. — Queda mutuamente convenido entre ambas partes contratantes que la duración de este contrato será por el término de tiempo necesario para llevar a cabo la obra de apertura de las Bocas de Ceniza, y que este contrato no puede anularse salvo el caso de que el Gobierno avise al contratista por escrito su intención de descontinuar la explotación de piedra en los terrenos del contratista, anteriormente mencionados en este convenio, el cual aviso debe hacerse con treinta (30) días de anticipación.

"PARAGRAFO. — Queda mutuamente convenido entre ambas partes contratantes que el Gobierno tiene opción de extender el tiempo de este contrato, llegado el caso, a un (1) año más del tiempo que se requiere para terminar la obra de la apertura de las Bocas de Ceniza".

El anterior contrato tuvo ejecución normal y fue cumplido por el Gobierno mediante el pago correspondiente al señor González Porrati de la piedra extraída de las canteras, hasta fines del año de 1929 en que el Gobierno suspendió los trabajos de Bocas de Ceniza. Con fecha 3 de abril de 1930 y bajo el oficio número 2003, el señor González Porrati recibió la siguiente comunicación, suscrita por el agente del Gobierno en Bocas de Ceniza, quien a ello procedió plenamente autorizado por el señor Ministro de Obras Públicas, según oficio número 310 de 20 de febrero del mismo año, folio 52 del cuaderno número 3:

"Agencia del Gobierno en Bocas de Ceniza. — Las Flores, 3 de abril de 1930. — Señor Roberto González Porrati. — Barranquilla. — De acuerdo con instrucciones recientemente recibidas del Ministerio de Obras Públicas, por medio del presente oficio doy a usted el aviso a que se refiere la cláusula cuarta del contrato celebrado en Barranquilla entre usted y el Gobierno de Colombia, el día 14 de abril de 1926, adicionado el 24 de mayo del mismo año.

"Como consecuencia de este aviso, que se da con treinta días de anticipación, el Gobierno manifiesta a usted "su intención de descontinuar la explotación de piedra" en el predio denominado "Sierra Vieja" o "Pajonal". De usted muy atento servidor, El agente del Gobierno en Bocas de Ceniza, **José Macía**".

El 3 de octubre del año de 1933, el Gobierno dictó el Decreto número 1656, originario del Ministerio de Industrias, por medio del cual reservó para el servicio público de la construcción de la obra de Bocas de Ceniza y del terminal marítimo de Barranquilla los terrenos baldíos aledaños a la confluencia del "Caño Arriba" con el río Magdalena en una zona de determinada extensión y anchura, hacia el mar y hacia el sur de dicha confluencia, y las canteras, afloramientos y yacimientos de arenisca y piedra de cualquier clase que se encontraran en esos terrenos baldíos.

En el mes de diciembre del mismo año de 1933 el Gobierno reanudó los trabajos de Bocas de Ceniza, por conducto de la Raymond Concrete Pile Company y de la Winston Brothers Company, casas contratistas que representaba el señor Roberto Parrish. Con la reanudación de dichos trabajos, el Gobierno reanudó igualmente la explotación de las canteras de "Sierra Vieja" y "Pajonal", pero en esta vez alegando la propiedad que la Nación tenía en los correspondientes inmuebles por tratarse de terrenos baldíos, de los que se habían reservado por el Decreto 1656 citado arriba. Desconoció pues la calidad de propietario de esos inmuebles con que el señor González Porrati celebró el primitivo contrato del mes de abril del año de 1926 y que estuvo en ejecución, como se ha visto, hasta las postrimerías del año de 1929.

A gestiones administrativas que adelantó ante el Gobierno el señor González Porrati, encaminadas a que se le pagara la piedra extraída de las canteras de "Sierra Vieja" y "Pajonal", a partir de la nueva explotación comenzada en diciembre de 1933, y según los precios acordados en el contrato de 1926, y a que se le reconociera como dueño de los inmuebles en que están las canteras, según los títulos escriturarios que a ese efecto exhibió, recayó primeramente la Resolución de 28 de enero de 1935, dictada por el Ministerio de Obras Públicas, en la cual fueron negadas las dos solicitudes.

Posteriormente ante otra solicitud del apoderado del señor González Porrati, encaminada a que se declarara que conforme al artículo 5º del Decreto 1656 de 1933 los terrenos de "Sierra Vieja", por los linderos que rezan los títulos, están fuera del alcance de dicho decreto por ser de propiedad particular, el Ministerio de Industrias y Trabajo profirió la Resolución número 2 de fecha 13 de agosto de 1935, en la

cual declaró, después de reconocer que el Decreto citado sólo afectaba terrenos baldíos, y en ningún caso de propiedad particular, que el Gobierno carecía de jurisdicción para definir que los terrenos pretendidos por el señor González Porrati fueran de propiedad privada por haber perdido la calidad de baldíos.

Por Resoluciones de 4 de febrero y 5 de marzo de 1943, la segunda confirmatoria de la primera, el Ministerio de Obras Públicas negó una nueva solicitud del apoderado de González Porrati encaminada a que se le pagara a éste el valor de la piedra extraída de las canteras mencionadas, no sólo de la extraída hasta la fecha de la primera reclamación, sino la que se extrajo después, hasta la fecha del segundo reclamo.

El Ministerio volvió a examinar los títulos de propiedad que antes había presentado el reclamante con el fin de acreditarle al Gobierno que el terreno de las canteras era de propiedad privada, no comprendido en el Decreto 1656 referente a baldíos; de ese examen dedujo que el señor González Porrati no había demostrado la propiedad particular pretendida. "No se demostró — dice la Resolución — la posesión económica del terreno, por parte del señor González Porrati, ni de sus antecesores, como lo prescribe el artículo 1º de la Ley 200 de 1936. Está, pues, vigente la presunción de que son baldíos esos terrenos y para desvirtuarla es preciso que se presente el título originario expedido por el Estado; o en su defecto títulos inscritos sobre tradiciones de dominio entre particulares en un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, según lo prescrito en el artículo 3º de la ley antes mencionada, pero no se cumplió ninguna de dichas condiciones, porque no se exhibió título originario ya que el más antiguo de los presentados sobre tradiciones entre particulares no va más allá del año de 1919".

Tampoco halló válido el Gobierno el argumento de la explotación económica del suelo, puesto que tal explotación apenas se comprobaba con el mismo contrato de explotación de canteras celebrado con el Gobierno en el año de 1926, el cual por ser sobre extracción de piedra, es decir de algo que no fue puesto allí por la mano del hombre, no implica verdadera explotación económica conforme la entiende la ley.

El apoderado de González Porrati trató de rebatir los razonamientos del gobierno, esforzándose por obtener que reconociéndosele propietario, se le pagara el valor de la piedra extraída, mas sin resultado.

La cuestión de derecho

Para la Sala la petición fundamental de la demanda, a la cual se subordinan todas las demás, incluyendo las subsidiarias, es la cuarta principal. Allí se solicita la declaración expresa de que la Nación "rompió unilateral, inadecuada e intempestivamente el contrato pormenorizado en el pedimento primero, sin justa causa y con violación de la cláusula cuarta de dicho contrato, debiendo considerarse tal contrato como vigente por todo el tiempo que fue necesario para la terminación de la obra de Bocas de Ceniza, o sea hasta el día en que se entregó tal obra al Gobierno Nacional".

El rompimiento unilateral e inadecuado del contrato, equivale a falta de cumplimiento de lo pactado, y en tal caso la parte agraviada tiene el derecho que le confiere el artículo 1546 del código civil de pedir; o la declaración judicial de resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios.

La demanda se presta a interpretaciones, pero los defectos formales de ella sólo autorizarían al juez para encuadrarla, en cuanto su naturaleza lo permita, dentro de la figura de derecho que corresponda, mediante una interpretación racional de sus términos.

En el alegato de bien probado, el distinguido abogado del actor concreta así su intención: "Por esos documentos que los he aportado a esta demanda, aunque no eran rigurosamente necesarios, ya que se trata del cumplimiento de un contrato y no de una reivindicación inmobiliaria..... se viene en conocimiento de lo siguiente....." (fs. 126, cuaderno 1º)

El libelo de demanda base del pleito, sin dificultad puede, pues, encuadrarse dentro del derecho que confiere el supracitado artículo 1546 del código civil, para obligar a la parte que ha violado un contrato, a que lo cumpla hasta su terminación. En efecto, según las peticiones de la demanda lo que el actor persigue es que se le pague la piedra extraída de las canteras del predio de "Pajonal", a partir del mes de diciembre de 1933, hasta que la Nación recibió de los contratistas la obra de apertura de Bocas de Ceniza, de conformidad con el contrato de 1926, contrato que se debe declarar vigente, por haberlo desconocido la Nación, negándose a seguir cumpliéndolo.

De aquí por qué la petición cuarta del libelo sea la fundamental, pues declarado que el contrato fue violado unilateralmente por el Estado negándose éste a cumplirlo, mediante el pago de la piedra que extrajo para la obra de Bocas de Ceniza, a partir de la reanudación de los trabajos correspondientes en dicha obra, en el año de 1933, surge ineludible el derecho del demandante a que se declare por la justicia en vigencia el contrato hasta su expiración natural; es decir, que como consecuencia de la petición **cuarta** del libelo, debería formularse la petición **primera**,

y por efecto de ésta la **segunda** y la **tercera,** relativas ambas al pago de las cantidades líquidas de dinero, por valor de la piedra extraída.

Interpretada así la demanda, como una acción encaminada a obtener el cumplimiento del contrato, pasa en seguida a examinarse el punto concerniente a la violación por parte del Estado, Tal violación o desconocimiento de la convención por parte de uno de los contratantes, es lo que genera el interés jurídico de la parte cumplida, para obligar a la incumplida a someterse a la plenitud de los efectos de lo pactado. De donde resulta que si no se prueba violación, tampoco surge el derecho a que la justicia obligue a cumplir un pacto que ha dejado de existir o que no ha sido quebrantado.

Se acusa de violación del contrato de 1926 celebrado entre la Nación y el señor González Porrati, y cuyas cláusulas principales copiáronse al principio.

El contratista González Porrati, asumiendo el carácter de dueño del predio denominado "Sierra Vieja" o "Pajonal", convino en permitir a los agentes de la casa Ulen & Co., constructores de la obra de Bocas de Ceniza, por cuenta del gobierno, libre entrada y salida a su propiedad, extender en ella líneas férreas, taladrar y ejecutar cuantas obras se consideren necesarias para la extracción de piedra de las canteras allí existentes y transportar de los límites de la propiedad la piedra sólida que se juzgara servible para la obra de la apertura de Bocas de Ceniza; comprometióse a su turno el gobierno a pagar a González Porrati las cantidades de piedra sólida y servible que extrajera de las canteras del predio al precio señalado de $ 0.15 por cada metro cúbico.

Quedó mutuamente convenido entre las partes que la duración del contrato sería por el término de tiempo necesario para llevar a cabo la obra de la apertura de Bocas de Ceniza, "salvo el caso de que el gobierno avise al contratista por escrito su intención de descontinuar la explotación de piedra en los terrenos del contratista", el cual aviso debía darse con treinta días de anticipación.

Se infiere de la misma demanda que el gobierno cumplió este contrato, pagando toda la piedra extraída, hasta fines del año de 1929, en que según la misma demanda se suspendieron temporalmente los trabajos de Bocas de Ceniza, y por lo mismo la explotación de las canteras, habiéndose dejado en éstas todo el equipo instalado para extraer la piedra.

Pocos meses de ocurrida tal suspensión, el gobierno hace uso de la cláusula **cuarta,** y por medio de sus agentes hace notificar el 3 de abril de 1930, al contratista, que es su intención "descontinuar" la explotación de la piedra. Es decir, no continuarla, y ponerle fin al contrato.

Para la Corte, es evidente, con este aviso no se violó el contrato. La cláusula cuarta contiene dos partes, la segunda de las cuales condiciona la primera: a) que el contrato regirá entre las partes por el tiempo necesario para llevar a cabo la obra de apertura de Bocas de Ceniza; y b) pero el Gobierno puede "anularlo" antes, siempre que avise al contratista, con treinta días de anticipación su intención de "descontiuar" la explotación de la piedra.

Avisó el Gobierno al contratista con treinta días de anticipación su intención de "descontinuar" la explotación de las canteras, luego se cumplió el evento previsto como condición; el contrato dejó de regir entre las partes, pues la explotación de las canteras se suspendió efectiva y prácticamente, de acuerdo con la notificación del gobierno.

Tres años permanecieron las canteras sin explotación. Porque en el año de 1933, mes de diciembre, según la demanda, el Gobierno, reanuda con mediación de otros contratistas, la obra de Bocas de Ceniza; y reanuda también la explotación de las canteras, pero ya con el carácter de dueño de ellas.

¿Estará esta nueva etapa de la explotación cobijada por el contrato de 1926? No, pues cuando se inició se contemplaba una situación jurídica diferente de la que se contempló durante la vigencia de ese pacto hasta el año de 1929: en primer lugar, la notificación dada al contratista y prevista en la cláusula **cuarta** había surtido ya todos sus efectos, en lo tocante a la terminación del contrato, haciendo por ende desaparecer el vínculo emanado de éste, entre el gobierno y el contratista; y en segundo lugar, cuando el gobierno reanudó la explotación de las canteras en el año de 1933, hízolo ya como dueño de ellas, en ejecución del Decreto 1656, sobre reserva de baldíos contentivos de canteras adyacentes a la desembocadura del río Magdalena, entre los que contó al predio que fue materia del contrato de 1926, cuya propiedad particular le fue desconocida al señor González Porrati por hechos positivos que crearon el estado nuevo de derechos, de desplazarlo en la práctica de la posesión del inmueble.

No hay duda de que las resoluciones dictadas primero en 1935, por el Ministerio de Obras Públicas e Industrias, y luégo en el año de 1943, por aquél, para ponerle término a las reclamaciones del apoderado de González Porrati, tendientes unas a que se le pagara la piedra extraída de las canteras a partir de la nueva explotación iniciada en el año de 1933, y otras a que se le reconociera por el Gobierno la propiedad particular del inmueble, tienen por lo menos el efecto jurídico de haber creado el estado nuevo de

derecho, de que la Nación, afirmando en actos administrativos su carácter de dueño del inmueble, en donde están las canteras, con exclusión de González Porrati, se le tenga que reputar como tal propietaria, porque tiene ahora la posesión material, con ánimo de expreso señorío y actos positivos de dueño. Surge así una seria situación conflictiva relativa a la propiedad del inmueble, de cuya solución por la autoridad judicial competente depende el pago de la piedra, extraída por el Gobierno desde 1933.

Empero semejante conflicto de propiedad entre el Estado y González Porrati no puede ser estudiado ni menos resuelto por esta Sala de la Corte, llamada únicamente a dirimir la controversia suscitada en razón del contrato (artículo 40 del Código Judicial).

Casi todo el empeño del demandante se dirigió en el juicio a comprobar, con los documentos de propiedad que posee, que es dueño del lote de las canteras, por títulos emanados del Estado, que le hicieron perder a ese lote el carácter de baldío. La Nación en las resoluciones ministeriales que se dejaron citadas, primero, y luégo en el juicio mismo, combate esa pretensión del actor.

Mas limitada la jurisdicción de la Sala al examen del hecho que se indica como violador del contrato, el cual como se vio consiste en el uso que el Gobierno hizo de la cláusula cuarta con el fin de notificar que el contrato quedaba "anulado" o sin efectos en el futuro, y visto que esa notificación se ciñó a los términos incondicionados de lo convenido, es obvio que ahí debe detenerse el estudio de la cuestión debatida. Y absuelto por ende negativamente, el postulado **cuarto** de la demanda principal, consistente en que la Nación rompió unilateralmente el contrato por el mal empleo que hizo de la cláusula **cuarta** del contrato, los otros postulados de la demanda principal y de la subsidiaria corren análoga suerte adversa, pues habiendo desaparecido la vigencia del contrato desde el mes de mayo del año de 1930, las explotaciones de piedra que se hicieran después por el Gobierno, están ya fuera de ese vínculo contractual; de manera que si la piedra extraída desde 1933 debe pagarse al señor González Porrati, obedecerá a causa distinta del contrato, vinculada al hecho de que él venza al Estado en el correspondiente juicio de propiedad.

El alcance obvio y natural de la negativa que se va a dar a las peticiones principales y subsidiarias de la demanda, se detiene por consiguiente en la definición de las facultades que tenía el Gobierno para ponerle fin al contrato con sólo el aviso previsto en la cláusula cuarta, el cual dióse regular y correctamente el 3 de abril de 1930. Con lo cual es claro, y hasta sobra advertirlo, que la acción de dominio que pueda tener el demandante tendiente a controvertir con el Estado, ante los jueces competentes, la propiedad de las canteras y del correspondiente globo de tierra, y el pago de la piedra extraída a partir del año de 1933, por razón de la propiedad que se le pueda reconocer sobre las canteras queda a salvo.

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, RESUELVE:

No hay lugar a formular las declaraciones **primera, segunda, tercera** y **cuarta,** principales, y a) y b) de la demanda subsidiaria; en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos que implican dichas peticiones. Queda aclarado que la absolución del Estado no envuelve el juzgamiento del derecho que llegue a tener el actor a que se le pague el valor de la piedra que ha reclamado en este juicio como consecuencia de la propiedad que judicialmente se le pueda reconocer sobre el globo que fue materia del contrato de 1926.

No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la Gaceta Judicial.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — El Secretario, **Nicolás Llinás Pimienta.**

OBJECION A UN DICTAMEN PERICIAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:

Doctor Víctor Cock).

Con fecha 27 de enero del año en curso, el Tribunal Superior de Bogotá decidió el incidente sobre objeción por "error grave", propuesto en el presente juicio de cuentas por el apoderado de la parte demandada contra el dictamen de los peritos señores Néstor Aya y Roberto González H. y condenó a la parte objetante al pago de las costas del incidente.

Pidió reposición de esta providencia el referido apoderado de la parte demandada, recurso que, por auto de 27 de febrero próximo pasado, fue resuelto desfavorablemente al peticionario por el Tribunal, el cual hubo de concederle ante la Corte el recurso de apelación por aquél en subsidio interpuesto.

Tramitado el negocio en debida forma en la segunda instancia, la Corte procede a decidir, y al efecto considera:

El dictamen pericial de los expertos antes mencionados Aya y González fue emitido en el presente juicio, sobre rendición de cuentas seguido por el Departamento del Tolima contra **The Dorada Railway Co.**, y lo fue a solicitud de la parte demandante, es decir, del Departamento.

El estudio de los peritos debía tener como base principal el examen de documentos pertinentes, documentos que, merced al ejercicio de una acción exhibitoria iniciada también por el Departamento del Tolima, estaba la Compañía demandada en el deber de presentar ante el Juez comisionado para la diligencia respectiva.

La manera como hubo de desarrollarse el acto mismo de la exhibición de los documentos aludidos, los cuales en realidad no pudieron ser inspeccionados, al menos en su totalidad, por los peritos, originó el que ellos hubieran expuesto, en su dictamen pericial, lo que a continuación se copia:

"De suerte que la primera conclusión a que hemos llegado sobre este particular es la siguiente:

"De los Libros (Diario, Mayor y de Caja), papeles y documentos que se nos exhibieron como propios de la Compañía no es posible deducir el monto de la carga transportada por el Ferrocarril de La Dorada en el período comprendido entre el 10 de octubre de 1923 y el 24 de noviembre de 1935.

"Pero como en el curso de la diligencia el señor apoderado de la Compañía demandada exhibió un documento que contiene unas cuentas suscritas por el señor Pablo López en su calidad de Interventor Liquidador de la participación que corresponde al Departamento del Tolima en el movimiento de carga del Ferrocarril de La Dorada, es decir, un documento proveniente de un funcionario público y en el cual aparece relacionado el movimiento de carga en el Ferrocarril de La Dorada en el período comprendido entre el diez de octubre de 1923 y el veinticuatro de noviembre de 1935, creemos que esas cifras podríamos tomarlas para hacer los cálculos que se nos han pedido. Nosotros no afirmamos, pues no nos corresponde, que ese documento sea una prueba plena o completa; consideramos que siendo un documento o instrumento proveniente de un funcionario público en ejercicio de sus funciones debe ser exacto, que las declaraciones en él contenidas son verdaderas, y que, en ausencia de todo otro elemento y para poder cumplir el encargo a que estamos obligados, debemos tomarlo como base.

"Por otra parte ese documento está respaldado con un Libro presentado en la diligencia, suscrito a mano por el señor Pablo López, el cual contiene copias de los cuadros de movimiento de carga elaborados por la Compañía, y de los cuales el mencionado funcionario (Interventor-Liquidador) tomó los datos a que se refieren esas cuentas. Y existen declaraciones juradas que se recibieron en la misma diligencia que dicen que los datos del Intervenor Liquidador fueron tomados de cuadros o documentos pertenecientes a la Compañía del Ferrocarril de La Dorada. En esas condiciones, el documento contentivo de esas cuentas, cobra mayor fuerza probatoria y nos ofrece mayor credibilidad.

"Además hemos tenido a la vista el informe presentado por el señor Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima al señor Gobernador del mismo Departamento en el cual puede verse a la hoja 49 y siguientes el informe que el señor Pablo López en su calidad de Inspector Liquidador rinde al mencionado Secretario de Hacienda. Tanto de allí

como de las cuentas que obran en la diligencia y del Libro borrador que también se encuentra agregado al expediente hemos tomado los datos sobre movimiento de carga por el Ferrocarril en el lapso a que se refiere el dictamen.

"Y con esos datos procedemos a contestar el cuestionario que se nos ha propuesto, así:

"Al punto primero respondemos: Según los libros y papeles a que nos venimos refiriendo la Compañía del Ferrocarril de La Dorada ha transportado en el lapso comprendido entre el 10 de noviembre de 1923 y el 24 de octubre de 1935 una cantidad de 1.811-767.640 kilogramos de carga. Esta carga se refiere tanto a subida como a bajada y en el trayecto comprendido de Dorada a Ambalema.

"Para obtener el dato correspondiente a veinticuatro días de octubre de 1935, deducimos del total de dicho mes una quinta parte, y dejamos como cifra correspondiente a los veinticuatro días de este mes las cuatro quintas partes restantes.

"Al punto segundo así: Si la carga transportada por el Ferrocarril fue en el lapso a que se refiere este dictamen equivalente a 1.811.767.640 kilogramos, y se deben pagar cinco centavos por cada ciento cincuenta kilogramos, es preciso dividir la suma total de kilogramos por 150, para obtener el dato de cuántas veces esa cifra 150 está comprendida en el total. Luégo se multiplica por cinco centavos el cuociente de esa división y nos da la cifra a que se refiere esa segunda pregunta.

"El cuociente de dividir a 1.811.767.640 por 150 es igual a 12.078.450.

"Esta cifra se multiplica por cinco y nos da la suma de $ 603.922.50 moneda corriente colombiana.

"Al punto tercero respondemos: Los intereses de esa suma a la rata del seis por ciento anual en el lapso comprendido entre el 3 de noviembre de 1933 hasta el día 28 de octubre de 1943, fecha de este dictamen, asciende a la suma de $ 361.546.93 moneda corriente.

"Dejamos en estos términos cumplido nuestro encargo como peritos, haciendo constar que hemos puesto todo nuestro empeño porque la prueba pericial tuviera cumplido efecto, y que sólo tomando los datos de los documentos a que nos hemos referido hemos podido llegar a las conclusiones atrás determinadas. No afirmamos que esos documentos tengan valor de pruebas dentro del proceso civil sino que para nosotros ofrecen credibilidad por tratarse de instrumentos que provienen de funcionarios públicos.

"Además las cuentas de don Pablo López fueron presentadas por el mismo vocero de la Compañía como instrumento proveniente de un funcionario público y como nuestro deber consiste en procurar por todos los medios a nuestro alcance, de acuerdo con nuestros conocimientos, cumplir el encargo que se nos propuso, de ahí que hayamos recurrido a esos instrumentos".

Puesto en conocimiento de las partes este dictamen pericial, el apoderado de la parte demandada presentó la tacha de error esencial y grave, lo cual hizo en los siguientes términos que interesa conocer:

"Tacho el dictamen de que se me ha dado traslado por error esencial y grave.

"Concluyen, con efecto, el abogado Aya y el señor González que no les ha sido posible 'deducir el monto de la carga transportada por el Ferrocarril de La Dorada en el período comprendido entre el 10 de octubre de 1923 y el 24 de noviembre de 1935', y agregan:

'Pero como en el curso de la diligencia el señor apoderado de la Compañía demandada exhibió un documento que contiene unas cuentas suscritas por el señor Pablo López en su calidad de Interventor Liquidador de la participación que corresponde al Departamento del Tolima en el movimiento de carga del Ferrocarril de La Dorada, es decir, un documento proveniente de un funcionario público y en el cual aparece relacionado el movimiento de carga en el Ferrocarril de La Dorada en el período comprendido entre el 10 de octubre de 1923 y el 24 de noviembre de 1935, creemos que esas cifras podríamos tomarlas para hacer los cálculos que se nos han pedido'.

"De suerte que, en opinión del abogado Aya y del señor González, basta con que alguien aduzca un documento para que haya prueba de confesión acerca de lo que el documento reza. Lo cual es un absurdo, como salta a la vista. ¿Con que el denunciante de un delito de falsedad, que presenta al Juez el documento falso, confiesa que los hechos que en ese documento se afirman son verdaderos? ¿Y acaso hay confesión de lo que no es hecho propio del confesante?

"Vaya, en fin, lo de que 'un documento que contiene unas cuentas suscritas por el señor Pablo López en su calidad de Interventor Liquidador de la participación que corresponde al Departamento del Tolima en el movimiento de carga del Ferrocarril de La Dorada', constituye 'un documento proveniente de un funcionario público'; pero no se diga que ese documento es a lo que la ley da el nombre de 'instrumento público'. ¿En qué ley, texto o razón podrían fundar el abogado Aya y el señor González que ese documento es un "instrumento público?' ¿O será

que todos los papeles que firmen los empleados públicos son instrumentos públicos?

"Porque el abogado Aya alcanza a darse cuenta de que no puede contestar a estas preguntas, agregó en el "dictamen", para diluír el pensamiento del lector:

'Nosotros no afirmamos, pues no nos corresponde, que ese documento sea una prueba plena o completa; consideramos que siendo un documento o instrumento proveniente de un funcionario público en ejercicio de sus funciones debe ser exacto, que las declaraciones en él contenidas son verdaderas, y que, en ausencia de todo otro elemento y para poder cumplir el encargo a que estamos obligados, debemos tomarlo como base'.

"A lo cual ....., contesto:

"a) — Evidentemente, documento que firma funcionario o empleado público debe decir la verdad, y lo mismo es con los papeles que suscriben los particulares.

"b) — Pero de esto no se sigue que todo papel firmado contenga la verdad; sepa el abogado Aya que la ley establece una tarifa de pruebas, que esta tarifa es bastante sabia y que, si en ella se incluyen los documentos y demás papeles que lleven firmas, no es sino para declarar que hacen fe contra los firmantes, cuando cabe la prueba de confesión.

"c) — El documento en referencia no es, para los efectos del asunto en que estamos, sino papel en que se contienen afirmaciones de la parte demandante. Si basta con el documento, del cual hay otra copia en el expediente, ¿para qué el juicio de cuentas? Y en el mismo supuesto, ¿para qué la inspección ocular?

"El atrevimiento del abogado Aya ha ido más lejos todavía, pues en el "dictamen" se lee:

'Por otra parte ese documento está respaldado con un Libro presentado en la diligencia, suscrito a mano por el señor Pablo López, el cual contiene copias de los cuadros de movimiento de carga elaborados por la Compañía ,y de los cuales el mencionado funcionario (Interventor Liquidador) tomó los datos a que se refieren esas cuentas'

"Lo cual, aunque no fuera falso, tampoco podría ser afirmado por los autores del "dictamen". Lo de que el libro presentado 'contiene copias de los cuadros de movimiento de carga elaborados por la Compañía' no está comprobado. Más aún: ello es falso, reitero. Al señor López se le olvidó arrancar de la hoja correspondiente a diciembre de 1935 el papelito que está agregado a esa hoja y al que hube de hacer poner el sello del Juzgado, el cual dice:

'Diciembre de subida no está sumado.

'Dame el dato del total de kilos y aparte lo que suman las deducciones por material de la Empresa'.

"Al pie está manuscrito el dato (por otra parte inexacto) que le suministró el destinatario de la misiva. Lo manuscrito por éste, y trasladado al libro, es del tenor que sigue:

'TOTAL.	9.076.419 ks.
'COMPAÑIA	6.944 "
	9.069.476 "

"Pero lo más particular del "dictamen" no es que se quiera hacer tener el documento del señor López como prueba de confesión por parte de la Compañía por el solo hecho de que yo lo presentara, sino que el abogado Aya y el señor González ignoran o fingen ignorar que ese documento fue presentado precisamente para probar la tacha de imparcialidad en el firmante del mismo, lo cual no es admitir lo escrito allí, sino lo contrario.

"En cuanto a que declaraciones de testigos den mayor fuerza probatoria' a las afirmaciones del señor López y a que el 'informe presentado por el señor Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima al señor Gobernador del mismo Departamento en el cual puede verse a la hoja 49 y siguientes el informe que el señor Pablo López en su calidad de Inspector Liquidador rinde al mencionado Secretario de Hacienda' constituye prueba de que los informes del señor López sean verdaderos, tengo de observar que ahí no hay sino argucia..... ...

"En conclusión: puesto que el "dictamen" se funda únicamente en errores jurídicos por causa de los cuales el abogado Aya y el señor González concluyen que las afirmaciones del señor López son verdaderas, el "dictamen" adolece de error grave".

Tanto en el auto originario como en el de reposición, entra el Tribunal a refutar los argumentos y razones presentados por la parte demandada para tratar ésta de demostrar la existencia del error grave en el peritazgo y teniendo en cuenta el Tribunal como materia de su refutación lo alegado en el escrito que se acaba de transcribir.

Como era natural, el examen de las cuestiones de orden neta o principalmente jurídico suscitadas por los peritos y por el apoderado de la parte demandada y según las transcripciones precedentes, llevaron al Tribunal a ciertas conclusiones que en el fondo implican la decisión acerca de la controversia en la cual el peritazgo hubo de ser producido como simple prueba, conclusiones que se hallan consignadas en el

auto materia del presente recurso y en aquél en el cual fue concedida la apelación.

De otro lado figura en el proceso la providencia dictada por el Tribunal del conocimiento con fecha 30 de enero de 1945, auto el cual se halla actualmente ejecutoriado por consentimiento tácito de ambos litigantes, y en cuya parte resolutiva se lee lo siguiente:

"En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior, en Sala Civil de Decisión, NIEGA la solicitud del señor apoderado de la parte actora para que se declare probada la cuenta que alega como verdadera con fundamento en el artículo 303 del C. J."

El artículo 303 del Código Judicial, citado como se acaba de ver por el Tribunal, es el que preceptúa así:

"Artículo 303. Si decretada una exhibición, ésta no se lleva a efecto por renuencia del que debe hacerla, se tienen como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponía demostrar, si es admisible la prueba de confesión; si no lo es, se le condena sin más actuación al pago de perjuicios".

Para llegar el Tribunal a la conclusión que figura en la parte resolutiva antes copiada razona de esta manera:

"En resumen, los autos denuncian una exhibición parcial y mal intencionada por parte de la Compañía de sus libros y papeles de contabilidad, indudablemente encaminada a hacer fracasar la prueba pericial relacionada con el movimiento de carga transportada por el Ferrocarril durante el período a que se refiere este juicio. Pero de ello no se deduce que el Tribunal pueda declarar probada, en contra de la Compañía demandada, la cuenta que la parte actora presenta y alega como verdadera. Suponiendo que los elementos de convicción citados en el escrito del señor apoderado de la parte actora suministraran aquella prueba indispensable de **estar** los libros y documentos que menciona en poder de la Compañía demandada, sería ilógico deducir de ello una confesión presunta de la parte actora, porque es obvio estimar que ninguna de esas pruebas se refiere ni podía referirse al exacto contenido numérico de los libros y papeles de contabilidad que la Compañía rehusó presentar".

Como ya hubo de indicarse, esta resolución del Tribunal se halla ejecutoriada merced a la circunstancia de que ninguna de las partes litigantes presentó recurso alguno contra ella.

Se comprende así que los peritos ante la imposibilidad de hecho para lograr fundar su dictamen en la prueba que debía surgir como resultado de la exhibición de los documentos, hubieran recurrido a pruebas supletorias, que aquéllos, después de un análisis de orden jurídico, estimaron suficientes para dar base a su dictamen pericial.

Incurrieron efectivamente los peritos en error grave al aceptar y estimar el valor de las pruebas supletorias, a las cuales se acaba de hacer alusión?

El definir este punto por parte del Tribunal o de la Corte, y dadas las conclusiones, a las cuales llegaron los peritos, implicaría la decisión anticipada del fondo de la presente controversia judicial, o al menos de parte fundamental de ella, y en todo caso, la decisión de una cuestión estrictamente jurídica.

Se trata en efecto de apreciaciones de orden fundamental jurídico, es decir, de aceptación o valoración en derecho de determinadas pruebas, acerca de la cual apreciación, y cualquiera que sea el parecer de los peritos, debe prevalecer el concepto soberano del Juez o Tribunal que conoce de la controversia y al cual incumbe decidirla, siendo por otra parte el instante oportuno para pronunciarse el Juez a este respecto, nó el de la definición del presente incidente sino el de la decisión o fallo final sobre la controversia objeto propio del litigio considerado en general.

De forma que en el supuesto de que los peritos hubieran incurrido en el grave error jurídico que se les imputa por la parte demandada, ello no podría llevar, a juicio de la Corte, a la aplicación del artículo 720 del Código Judicial, que es el invocado por dicha parte demandante, y que reza así:

"Dentro del término de tres días las partes pueden también objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción.

"El incidente se sustancia y decide como articulación, y si se declara infundado y hay temeridad, se condena al articulante en las costas del mismo incidente y a pagar a la otra parte una multa de diez a mil pesos, según la importancia del asunto.

"Si se declara fundada la objeción, se repite la diligencia con intervención de otros peritos, cuyo dictamen no es susceptible de nuevas tachas".

Y no podría llegarse, como se dijo ya, a la aplicación del artículo 720 que se acaba de transcribir, no sólo por la razón de que para llegar a tal solución sería necesario que la Corte entrara en un análisis jurídico del valor de las pruebas supletorias aceptadas y estimadas por los peritos y que es punto atañadero por su naturaleza misma al fallo final de fondo que ha de definir el juicio, sino también, por cuanto la admisión de la tacha, en el evento de ocurrir ello, llevaría a la práctica de un nuevo peritazgo con otros peritos, que se hallarían así ante la imposibilidad de dictaminar, al no haber sido posible, en el hecho, ni aparecer de autos que hoy pueda serlo, la exhibición de documentos sobre cuyo contenido de-

berán actuar tales peritos, según fue inicialmente decretada la prueba respectiva.

En estas circunstancias, la cuestión que sobre el mérito del dictamen pericial ha surgido en este asunto, habrá de ser resuelta cuando sea fallado el negocio a la luz de lo establecido en el inciso 1º del artículo 721 del Código Judicial, según el cual, "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica el dictamen uniforme explicado y debidamente fundamental de los peritos, hace plena prueba".

O bien sería puesto entonces este precepto legal en relación con el artículo 723 del mismo Código, según el cual, por regla general, "la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica....."

Se comprende así que el Juez competente, cuando llegue el fallo definitivo de este asunto, o sea en el momento oportuno, actuará en el sentido de señalar el valor que le merezca el dictamen pericial, en cuanto lo considere o nó **debidamente fundamentado,** al contener él apreciaciones o fundamentos de naturaleza primordialmente jurídica acerca del mérito o de la posibilidad de aprovechar determinadas pruebas para el peritazgo mismo; y esto es así con mayor razón, por ser del oficio privativo del Juez el aplicar en los litigios el derecho y sin necesidad de tener que atenerse a exposiciones periciales acerca de tales temas jurídicos.

En síntesis se tiene, por consiguiente:

La parte actora, que fue la que solicitó la exhibición de los documentos señalados como materia de examen de parte de los peritos, y ante el hecho que resulta de la realidad procesal de que en mucho al menos quedó frustrada la exhibición pedida, hubo de conformarse con el dictamen pericial que apreció bajo su responsabilidad propia otros elementos probatorios. De manera que implícitamente dejó sometido el criterio del Juez lo concerniente a la apreciación ulterior, en el fallo final, de la prueba pericial y de sus fundamentos.

Vino, por el contrario, la objeción a la prueba pericial del lado de la parte demandada, que dicho sea, ante todo, no fue quien solicitó tal prueba pericial ni la exhibición de documentos; pero apareció fundada la objeción en razones de orden jurídico que como tales caen bajo la competencia y examen del Juez en el momento de decidir acerca del fondo del litigio, y que, en consecuencia, mal pueden dar asidero hoy para el reconocimiento de la tacha alegada.

Finalmente, en el supuesto de ser ésta aceptada, sería necesario que la misma parte demandada se prestara ahora a la práctica de un nuevo peritazgo tal como fue decretado, es decir, con la exhibición adecuada de los documentos pertinentes indicados por la parte demandante en su respectivo memorial de pruebas, lo cual no aparece ofrecerlo siquiera dicha parte demandada.

En otras palabras, la parte demandante se ha sometido a las resultas del juicio teniendo como prueba de su lado un peritazgo tal como fue emitido por los peritos.

Si la parte contraria no ha tenido a bien adoptar la misma actitud, su situación no puede tratar de mejorarla mediante la práctica de un nuevo peritazgo, prueba no pedida inicialmente por ella, sin que haya fundamento, cual falta en realidad, para creer que en el nuevo experticio no habrán de verse los nuevos peritos forzados a recurrir a pruebas supletorias, que obren en el proceso, pero quedando siempre frustrada la exhibición de documentos determinados, ordenada en el juicio.

Lo que se deja expuesto demuestra que debe confirmarse, aunque por razones distintas de las presentadas por el Tribunal, el auto recurrido, pero con la reforma de suprimir la condenación en costas, por considerar la Corte que no aparece, al menos en forma suficientemente definida, la temeridad de quien propuso la tacha de "error grave" al peritazgo.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirma el auto de 27 de enero de 1945, proferido en el presente asunto por el Tribunal Superior de Bogotá, con la única reforma de que no hay lugar a condenación en las costas del incidente en la primera instancia, como tampoco hay lugar a tal condenación en esta segunda instancia del incidente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

(Firmados),

Víctor Cock, Germán Alvarado, Belisario Agudelo, Ramón Miranda, Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS.—ARRENDAMIENTO. SU PRORROGA.

1. — Las estipulaciones regularmente acordadas informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las partes, en cuanto no pugnen con las disposiciones de orden público ni con expresas prohibiciones legales. En esta forma la ley concede facultad para que los contratantes estipulen libremente y sólo a falta de esto entran en juego las normas del Código Civil para suplir, por decirlo así, la voluntad de los que intervienen en esa clase de convenciones. En el caso que las estipulaciones contractuales sean ambiguas, poco claras o deficientes, la ley da normas para definir las dudas y para desatar las situaciones conflictivas que se presenten por esa causa.

2. — Conforme al artículo 2014 del C. C., el contrato, una vez terminado, se prorroga tácitamente por tres meses más si el arrendador conviene en aceptar el pago del canon mensual subsiguiente a la fecha de la expiración, "bajo las mismas condiciones de antes". Esta parte del artículo 2014 se refiere únicamente a las estipulaciones contractuales que no queden prácticamente derogadas por virtud de la nueva situación, o que no fueren incompatibles con las modalidades del pacto tácito de renovación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Ponente: doctor Ramón Miranda).

Con fecha veintiséis de julio del año próximo pasado el señor Carlos Abusaid, en su propio nombre, presentó demanda contra la Nación por incumplimiento de un contrato, y con base en los hechos que en seguida se transcriben:

"Primero: El señor Ministro de Obras Públicas doctor Marco Aurelio Arango en representación del Gobierno Nacional y de la Nación, me arrendó el bien que se cita y alindera en el contrato que dejé transcrito en la solicitud de condena;

"Segundo: Le cumplí a la Nación el contrato de arrendamiento que ya dejé citado en esta demanda, en todas sus partes, y el último pago de arrendamiento lo hice conforme al recibo que, como prueba, acompaño en junio de 1944 con imputación al canon del mismo mes de junio de este año;

"Tercero. Teniendo el suscrito demandante el local materia del contrato de arrendamiento ocupado con mercancías para la venta, en los primeros días de julio de este año la Nación procedió a hacer la demolición del local quitándole los tejados, techos y muros. En esa forma me despojó la Nación del local en cuestión con tan mala fortuna para mis intereses que exactamente cuando se principió la demolición yo no estaba en el local pues tuve en ese día la pérdida de mi hermana Susana Abusaid de Cortés quien murió, y por ello mis empleados me transmitieron el aviso de la demolición a mi casa teniendo que rogarle a mis amigos y relacionados, con abandono de mis deberes familiares, se trasladaran al local y retiraran de él todas las mercancías y efectos que allí tenía, lo que se verificó en forma intempestiva teniendo que depositar esos bienes míos en local impropio para continuar la venta. De tal situación me resultó una pérdida que en un mes se eleva a cuatro mil pesos, más cinco mil pesos que representa la pérdida que sufrí con el cierre del almacén, licenciamiento de empleados, pérdida de mercancías y demérito de obras, y lo que es más grave interrupción de mis negocios y contratos que estaban respaldados con el almacén que estaba dentro del local del cual se me despojó por mi demandada;

"Cuarto: La Nación, ni el Gobierno, para conseguir la demolición y entrega del local a que se refiere esta demanda, no me dieron el aviso previo de los sesenta días a que se contrajo tal obligación en el convenio que ya transcribí, como tampoco ni la Nación ni el Gobierno dictaron contra mí providencia o resolución de caducidad ni juicio de lanzamiento;

"Quinto: El contrato de arrendamiento de que trata esta demanda estaba vigente y prorrogado en virtud de haber la Nación aceptado el pago de los arrendamientos luégo de expirados los diez primeros meses de ejecución de ese contrato de arrendamiento, prórroga igualmente convenida en nuestro negocio;

"Sexto: Por causa del despojo de que trata esta demanda o sea por la violación de la Nación del con-

trato de arrendamiento dicho, me vi obligado a disponer de las mercancías que en el local dicho tenía luégo de ser ellas trasladas por razón de la demolición, a precios ínfimos y tuve además que tomar en forma precipitada lugar a dónde colocar las mercancías que en virtud del despojo del local dicho hube de retirar del mismo local".

Como fundamentos de derecho invoca el actor los artículos 1978 — 2008 — 2019 — 2020 — 1982 — 1505— 1496 — 1546 — 1609 — 1610 — 1613 y 1614 del Código Civil.

Obran en autos las siguientes pruebas:

a) Copia del contrato celebrado por el señor Carlos Abusaid con la Nación.

b) Un recibo sobre pago de arrendamiento por valor de doscientos ochenta y un pesos con treinta y dos centavos ($ 281.32), correspondiente al mes de junio de 1944.

c) Un peritazgo pedido y ordenado en la oportunidad legal.

d) Varias declaraciones de testigos y otros documentos.

El contrato, base del presente litigio, dice textualmente:

"Entre los suscritos, a saber: MARCO AURELIO ARANGO varón, mayor y de esta vecindad, al que corresponde la cédula de ciudadanía número 003417, expedida en Medellín, que obra en su carácter de Ministro de Obras Públicas y en representación de la Nación, por una parte, que se llamará EL GOBIERNO, y CARLOS ABUSAID, varón, mayor, de esta vecindad cuya cédula de ciudadanía consta al pie de su firma, que obra en su propio nombre, por la otra parte, que se llamará el ARRENDATARIO, se ha celebrado el contrato que consta en las siguientes cláusulas: PRIMERA. — El Gobierno da en arrendamiento al arrendatario y éste así lo toma, un local de propiédad del primero, situado en la carrera 7ª número 12-95 de esta ciudad, alinderado así: Por el oriente, con dicha carrera 7ª; por el norte y el sur, con los locales números 12-93 y 12-99 de esta misma carrera, y por el occidente, con el edificio de Santo Domingo. Tal local está destinado a uso comercial y no podrá ser sub-arrendado, ni cederse el negocio en él establecido, sin previo consentimiento escrito del Ministro de Obras Públicas. SEGUNDA. — El término del contrato es el de diez meses, contados desde esta fecha, pudiendo prorrogarse, a voluntad de las partes. Pero es entendido que si el Gobierno necesitare dicho local lo podrá pedir al arrendatario, avisándolo con sesenta días de anticipación, sin que éste pueda pedir indemnización alguna al respecto. — TERCERA. — El precio mensual del arriendo es el de DOSCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($ 281.32) que es el que el arrendatario ha venido pagando en dicho local. El pago se hará dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la Caja del Ministerio de Obras Públicas. El servicio de luz eléctrica es por cuenta del inquilino. — CUARTA. — El Gobierno podrá declarar la caducidad administrativa del contrato si ocurriere alguna de las causales previstas en el artículo 254 de la Ley 167 de 1941, o si el arrendatario dejare de cumplir con una de sus obligaciones, especialmente la falta de pago en el plazo estipulado. Si la caducidad se produjere por culpa del arrendatario se le podrá imponer una multa hasta de doscientos pesos, por medio de resolución dictada por el Ministerio de Obras Públicas.

En igual forma se le podrán imponer multas sucesivas de veinte pesos, si dejare de cumplir con cualquiera de las obligaciones a su cargo y el Gobierno puede exigir la inmediata entrega de local, sin necesidad de recurrir a ninguna autoridad. — QUINTA. Si ocurriere la acción de lanzamiento, el arrendatario renuncia expresamente a los requerimientos privados y judiciales y a la caución legal. — SEXTA. — Para responder de todas sus obligaciones el arrendatario ha dado la garantía del Banco de Bogotá, según comunicación de esta entidad, de fecha 27 de febrero último, al Ministerio de Obras Públicas. — SEPTIMA. — Este contrato no requiere de la aprobación ejecutiva, en virtud de lo establecido por el Decreto número 2730 de 15 de diciembre último, que faculta a los Ministros para celebrarlos cuando su cuantía no exceda de tres mil pesos, como aquí ocurre. Un extracto del contrato se publicará en el Diario Oficial, por cuenta del arrendatario. Para constancia se firma el presente documento, por duplicado y ante testigos, en Bogotá, a primero de marzo de mil novecientos cuarenta y tres".

La demanda está encaminada principalmente al resarcimiento de perjuicios causados por incumplimiento del contrato anterior. Corresponde, pues, inicialmente, examinar si en realidad la Nación no cumplió con sus obligaciones, conforme lo pretende el actor en el juicio.

La cláusula segunda, transcrita ya, dice: "El término del contrato es de diez meses, contados desde esta fecha, pudiendo prorrogarse a voluntad de las partes. Pero es entendido que si el Gobierno necesitare dicho local lo podrá pedir al arrendatario, avisándolo con sesenta días de anticipación, sin que éste pueda pedir indemnización alguna al respecto".

El arrendatario empezó en el goce de sus derechos el día primero de marzo de mil novecientos cuarenta y tres. De acuerdo con lo estipulado debió él ha

cer la entrega del inmueble el día 1º de enero del año siguiente (1944). Sin embargo el pacto se prorrogó en forma tácita, ya que la Nación aceptó el pago de los subsiguientes cánones mensuales, hasta el mes de junio de 1944, según aparece en autos. En los primeros días de julio del año antes citado, el Gobierno procedió a efectuar la demolición del local arrendado, cuando ya se había dado aviso al demandante por medio del oficio número 65 del 27 de mayo de 1944, firmado por el señor Administrador de Bienes Nacionales y en el cual se le anuncia, además, que el local en referencia debe ser entregado a más tardar el 1º de julio del año mencionado, pues muy pronto se iban a iniciar los trabajos de demolición en ese inmueble.

El actor considera que el aviso anterior ha debido dársele con sesenta días de anticipación, de acuerdo con la cláusula segunda del contrato y que al no hacerlo así el Gobierno incumplió sus obligaciones y debe la Nación indemnizarle los perjuicios de que se queja.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, por su parte, estima que "es obvio que la facultad concedida a la Nación por la última parte de tal cláusula — la segunda — se refería al tiempo de duración del contrato, según lo pactado. Es decir, si **dentro de los diez meses** de duración del arriendo la Nación necesitaba el local, estaba obligada a dar aviso al arrendatario con sesenta días de anticipación. Pero una vez expirado el término de duración convenido, la Nación podría exigir la entrega del inmueble, ya que toda prórroga se haría "a voluntad de las partes". Y es claro que si no se exigía inmediatamente la entrega, y por voluntad tácita de las partes el contrato se prorrogaba automáticamente, en la forma establecida por el artículo 2014 del C. C., entonces las prórrogas posteriores tenían que regirse, no por lo pactado puesto que nada concreto se había convenido para el caso de prórroga, sino de acuerdo con la ley".

Las estipulaciones regularmente acordadas informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las partes, en cuanto no pugnen con las disposiciones de orden público ni con expresas prohibiciones legales. En esta forma la ley concede facultad para que los contratantes estipulen libremente, y sólo a falta de esto entran en juego las normas del C. Civil para suplir, por decirlo así, la voluntad de los que intervienen en esa clase de convenciones. En el caso de que las estipulaciones contractuales sean ambiguas, poco claras o deficientes, la ley da normas para definir las dudas y para desatar las situaciones conflictivas que se presenten por esa causa.

En el negocio presente salta a la vista que la Nación quiso, con la cláusula segunda, ampararse contra la posibilidad de hacer uso del bien arrendado antes de la terminación del tiempo estipulado. En estas condiciones ella podía, dentro del término contractual, solicitar la entrega del inmueble, mediando antes el requerimiento con sesenta días de anticipación. Una vez cumplido el plazo de rigor — diez meses — el arrendatario podía gozar del término que le confiere la ley, ya que según ésta si el "arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones de antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos y el necesario para utilizar las labores principales y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo en la misma forma". (Artículo 2014 del C. C., inciso tercero). El contrato, pues, una vez terminado se prorroga tácitamente por tres meses más si el arrendador conviene en aceptar el pago del canon mensual subsiguiente a la fecha de la expiración, "bajo las mismas condiciones de antes". Esta parte del artículo 2014 hace referencia únicamente a las estipulaciones contractuales que no queden prácticamente derogadas por virtud de la nueva situación, o que no fueren incompatibles con las modalidades del pacto tácito de renovación.

En el caso **sub judice**, por el mismo hecho de la aceptación del pago, el arrendador conviene tácitamente en permitir la prórroga contractual que dispone la ley y no podría él, por sí solo, ni aun dando el aviso anticipado de los sesenta días, reducir este plazo para la entrega del inmueble. Por la misma razón esta parte de la relación contractual queda sin efecto y, por consiguiente, una vez cumplido el término legal el arrendatario queda obligado, a falta de una nueva prórroga, a dar por terminado el vínculo convencional.

Otro elemento que demuestra la limitación interpretativa del artículo 2014, es el contemplado por el 2015 del mismo Código Civil, cuando dice que "renovado el arriendo, las fianzas, como las prendas e hipotecas constituídas por terceros, no se extenderán a las obligaciones resultantes de su renovación", lo que da a entender que en realidad el contrato no se renueva exactamente bajo las mismas condiciones anteriores, ya que, en este último caso, la voluntad

de los terceros se limitó al tiempo dentro del cual el contrato debía surtir todos sus efectos, y debe concurrir su aquiescencia expresa para que pueda considerárseles vinculados a las nuevas estipulaciones.

A las anteriores razones pueden agregarse las siguientes:

Consta en autos que la Nación aceptó el pago del canon mensual subsiguiente a la terminación del contrato, es decir, el del mes de enero de 1944, en adelante. En esta forma el inquilino tenía derecho a usar del bien hasta el mes de marzo del mismo año. Expirado tal plazo hubo una nueva prórroga — también tácita — por tres meses más, o sea los de abril, mayo y junio. Antes de vencerse este último período el Gobierno, con la debida prudencia, manifestó al arrendatario su voluntad de no concederle nuevos aplazamientos, al mismo tiempo que le hizo la exigencia de entregar el local a más tardar el 1º de julio siguiente, es decir, a la fecha exacta en que legalmente el arrendatario estaba obligado a hacerlo.

No ve, pues, la Sala, en qué pueda fundarse la razón del demandante para asegurar que hubo incumplimiento del contrato por parte de la Nación ni mucho menos la exigencia que hace sobre el resarcimiento de perjuicios por este concepto. Por este extremo, la acción no puede prosperar y, por consiguiente, se impone una decisión absolutoria en favor de la parte demandada.

El apoderado del actor en su alegato de conclusión reconoce que "en el caso de autos no se trata de que se establezca o no por la Nación (sic) que el contrato de arrendamiento con Abusaid estaba o no vencido. Lo que se trata de acreditar es que la Nación sin fórmula de juicio y de modo violento despojó al señor Abusaid de la tenencia del inmueble, cosa que no ha debido hacer so pena de incurrir en las consiguientes prsetaciones o indemnizaciones que se lo están cobrando".

De acuerdo con la Ley 67 de 1943 a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia se le adscribieron los asuntos de que antes conocían las Salas Plena en lo Civil y Civil de Unica Instancia, las cuales fueron suprimidas por la misma Ley.

El artículo 40 del Código Judicial señala, entre las atribuciones de la extinguida Sala Civil de Unica Instancia, el conocimiento de las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, por lo cual le corresponde hoy a esta Sala de Negocios Generales en forma privativa y en una sola instancia, la competencia para decidir sobre el conflicto surgido con motivo del contrato celebrado entre el Estado y el señor Carlos Abusaid.

Pero la acción últimamente invocada por el señor apoderado de la parte demandante no va dirigida a que se indemnice a su representado por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato celebrado con la Nación sino que, como él dice, la prestación pecuniaria que exige tiene su causa en el despojo violento que sufrió. De acuerdo con esto, pretende transformar a última hora el contenido y los fundamentos de su acción inicial, aunque mantiene las mismas súplicas presentadas en la demanda. Aparte de que no es admisible tal procedimiento, resulta además que la Sala no tiene competencia para conocer de esta nueva modalidad del juicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Código Judicial. En tales condiciones es claro que el actor no ha escogido el medio adecuado para hacer valer sus derechos y, por consiguiente, la Corte no entra en el estudio de este nuevo aspecto de la acción.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, resuelve:

Absuélvese a la Nación de los cargos formulados por el demandante por razón del contrato de arrendamiento celebrado por el Gobierno con el señor Carlos Abusaid, fechado en Bogotá, el día primero de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Víctor Cock. — Belisario Agudelo. — Germán Alvarado. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD POR CULPA AQUILIANA

El artículo 636 del C. J. prescribe la manera como debe allegarse a los autos el certificado emanado del Ministerio de Obras Públicas y que sirvió de base al Tribunal para hacer emerger la culpa. El certificado en cuestión fue presentado original y en forma directa, durante el término probatorio. Fue objeto de una providencia que lo estimó como prueba, en cuanto hubiera lugar en derecho, y que sufrió su ejecutoria sin ninguna reclamación contra la parte que lo adujo. En semejantes circunstancias no sería justo desestimar en absoluto el documento, que fue desglosado de la reclamación presentada ante el Ministerio referente a la indemnización por el accidente automoviliario. ¿Se trata de una prueba trasladada? Es claro que la prueba trasladada ha sido aceptada por los tratadistas y la jurisprudencia, pero tal fenómeno procesal se verifica aduciendo la copia auténtica respectiva, y en el caso ocurrente la prueba se presentó directamente. Así las cosas, no es posible determinar si en el proceso administrativo se practicó con las formalidades legales indispensables para que pudiera trasladarse. ¿Qué valor tiene, entonces, este documento? En reciente sentencia, la Sala de Negocios Generales consideró que un documento de esta clase, dada la circunstancia de aparecer en el proceso en virtud de auto no reclamado de admisión, aunque se estimase deficiente, podía dar base a una convicción del juzgador, con tal que fuese complementada con otras pruebas, de conformidad con los artículos 594 y 647 del C. J.

Eliminar la presunción de culpa en colisiones de esta clase, sería algo que podría discutirse cuando los perjudicados son los dueños o los conductores de los vehículos colididos, pero no sería aceptable en frente de un tercero, como lo sería el peatón o el pasajero de uno de los automotores. En esas condiciones, tratándose de actividades que conllevan riesgo, sólo sería desvirtuable de la manera expresada por la ley o acreditándose que el conductor de un automóvil no estaba, en el momento de producirse el accidente, bajo la dependencia del respectivo patrón.

De otro lado, cuando hay participación de varios en un hecho perjudicante, existe una solidaridad, en virtud de la cual, por ministerio del artículo 2344 del c. c., se puede perseguir a uno solo de los participantes para que se indemnice la totalidad del daño.

¿Puede surgir la concurrencia de dos acciones, una aquiliana y otra emergente de contrato, en un mismo hecho? Para la Sala estas dos acciones no se excluyen, de forma que el doctor Jiménez podía, como lo hizo, dirigir su reclamo indemnizatorio contra el responsable del cuasidelito. Le está vedado acumularlas, pues así se llegaría a una injusta e infundada dualidad en la reparación del perjuicio. Pueden ejercitarse independientemente, pues es dable imaginar que el daño fue producido no por la acción de uno de los conductores, sino por el concurso de ambos; desde este punto de vista, puede pensarse que es la culpa aquiliana la que con más claridad se refleja.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:
Doctor Eleuterio Serna).

El doctor Manuel Vicente Jiménez, en su propio nombre, en libelo presentado el 25 de febrero de 1942, demandó, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a la Nación, para que se la condenara a indemnizar al demandante "por los perjuicios de orden material y los de orden moral" que él sufrió en un accidente automoviliario ocurrido el 16 de marzo de 1940.

Los hechos los relaciona así el actor:

"1º El 16 de marzo de 1940, el automóvil que me conducía de la ciudad de Villavicencio a la casa de la hacienda de Buenavista del mismo municipio, fue arrollado por una volqueta del servicio de la carretera, la cual marchaba en dirección prohibida por los reglamentos de circulación.

"2º A la hora del accidente, más o menos a las ocho de la mañana, no era permitido el tránsito de vehículos en dirección de Cáqueza a Villavicencio.

"3º Los agentes del Gobierno, encargados de la carretera, no colocaron banderas ni señales ni ningún otro aviso indispensable para evitar siniestros, cosa absolutamente obligatoria caso de necesitarse hacer algún trabajo excepcional en la carretera.

"4º El automóvil que me conducía iba en la seguridad y con la garantía oficial de llevar la vía libre en toda la extensión, de conformidad con la reglamentación de tránsito dictada por el Ministerio de Obras Públicas.

"5º El accidente se produjo por culpa, descuido o negligencia de los empleados del Gobierno.

"6º Por causa del suceso, sufrí la fractura del brazo derecho, la fractura y luxación del pie derecho, y los consiguientes gravísimos perjuicios". (Fs. I, cuaderno principal).

Agotados los trámites procesales, el Tribunal **a quo** en sentencia de 5 de junio de 1944, desató la litis así:

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala, Civil Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

"1º Reconocer que la Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales que recibió el doctor Manuel Vicente Jiménez en el accidente automoviliario ocurrido en la carertera que de Villavicencio conduce a Cáqueza, a eso de las ocho de la mañana del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta, por el choque entre el automóvil número 103 y la volqueta distinguida con la placa 8277 al servicio de dicha carretera.

"2º Condenar, en consecuencia, a la Nación a pagar al doctor Manuel Vicente Jiménez la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal, a título de indemnización de tales daños.

"3º Negar las demás peticiones de la demanda.

"4º Por tratarse de la Nación no hay lugar a hacer condenación en costas".

Este fallo fue apelado por ambas partes, y así llegó a la Sala de Negocios Generales de la Corte, donde se imprimió al negocio la tramitación de rigor hasta ponerlo en estado de decisión.

Tres condiciones requiere la acción impetrada en este pleito para su eficacia:

1º Daño del demandante; 2c Culpa del demandadc; y 3º Una relación de causalidad entre los dos extremos.

Con respecto al primer elemento, el fallador refleja así, con exactitud, las constancias probatorias del proceso:

"Camejo depone, por haberlo visto y presenciado, que el doctor Manuel Vicente Jiménez, que viajaba en el automóvil, sufrió graves lesiones y fracturas óseas. Guevara sabe que en el accidente resultó gravemente lesionado el doctor Jiménez; Jesús Becerra dice: Me consta que el doctor Manuel Vicente Jiménez iba en el automóvil del doctor Dorsonville, pero no puedo decir qué clase de heridas sufriría en el choque"..... A este testigo le constan las heridas, pero no puede calificarlas. (Fs. 16 vto., cuaderno principal).

Esta transcripción, en que aparecen dos testigos acordes en el hecho y sus circunstancias, es plena prueba, según las normas pertinentes del derecho probatorio.

Por otra parte, esto queda corroborado por las declaraciones juramentadas de los doctores Lisandro Leyva (fs. 8 y 12, cuaderno número 2) y Paulo Emilio Falla Orozco (fs. 17, ibidem), quienes deponen sobre la calidad y naturaleza de las heridas sufridas por el doctor Manuel Vicente Jiménez.

Con relación a la culpa, el fallador de primera instancia la hace surgir de la circunstancia de que "el automóvil tenía la vía libre y la volqueta no", como lo dedujo del certificado emanado del Ministerio de Obras Públicas y obrante a folios 6 del cuaderno de pruebas del actor en la primera instancia.

Al respecto el Procurador hace estas consideraciones:

"No se puede tener en cuenta como medio probatorio el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas..... porque se trata en realidad de un instrumento público que no se ha traído al expediente en la forma prescrita por el artículo 636 del C. J."

La Sala considera:

El certificado en cuestión fue presentado original y en forma directa, durante el término probatorio. Con respecto a él, el Tribunal, en auto fechado el cinco de abril de 1943, dijo: "2º En cuanto haya lugar en derecho estímense como pruebas los documentos a que se refieren los apartes II, III y IV del memorial de pruebas".

Tal providencia se ejecutorió sin reclamo de la parte contra quien se adujo la probanza. En semejantes circunstancias no sería justo desestimar en absoluto el documento, en cuyo contexto se lee:

"Ministerio de Obras Públicas. — Bogotá, septiembre 27 de mil novecientos cuarenta y cuatro.

"Previa la información respectiva, certifíquese a continuación sobre lo solicitado en el anterior memorial.

"El suscrito Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, de conformidad con lo manifestado a este Ministerio por el señor ingeniero-jefe de la zona de carreteras nacionales de Bogotá, en el ofi-

cio número 828, de 2 de septiembre, en relación con el memorial anterior,

Certifica:

"Que en el mes de marzo de este año, estaba vigente el tránsito de vehículos en la carretera de Villavicencio, con vía libre de subida de Villavicencio a Cáqueza desde las cuatro de la mañana hasta la una de la tarde, cerrándose en Villavicencio una cadena a las 8 a. m. para que los carros pudieran llegar antes de la 1 p. m. a Cáqueza, teniendo, además, vía libre en bajada, de Cáqueza a Villavicencio, desde la una de la tarde hasta las ocho de la noche", y "que el 16 de marzo del presente año, sí estaba al servicio de la carretera de Villavicencio la volqueta número 8277, manejada por el chofer Edmundo Chaustre".

Esta certificación fue desglosada de la reclamación presentada por el doctor J. Echeverri Duque, como apoderado del doctor Manuel Vicente Jiménez, y referente a la indemnización por el accidente automoviliario.

¿Se trata de una prueba trasladada? Es claro que la prueba trasladada ha sido aceptada por los tratadistas y la jurisprudencia, pero tal fenómeno procesal se verifica aduciendo la copia auténtica respectiva, y en el caso ocurrente la prueba se presentó directamente. Así las cosas, no es posible determinar si en el proceso administrativo se practicó con las formalidades legales indispensables para que pudiera trasladarse.

Por otra parte, estudiando el fenómeno de la traslación, dijo la Corte, con respecto a documentos públicos:

'Muy distinto es el caso si se trata, no ya de un testimonio, sino de un documento auténtico, de aquellos que enumera el artículo 632 del C. J. Su operancia en juicio está condicionada al trámite procesal señalado por el legislador en el artículo 636 del mismo código".

¿Qué valor tiene entonces el certificado? En reciente sentencia, la Sala de Negocios Generales consideró que un documento de esta clase, dada la circunstancia de aparecer en el proceso en virtud de auto no reclamado de admisión, aunque se estimase deficiente podía dar base para una convicción del juzgador, con tal que fuese complementada con otras pruebas, de conformidad con los artículos 594 y 647 del C. J.

Como se observa en este certificado se expresa allí que la volqueta número 8277 manejada por Edmundo Chaustre estaba al servicio de la carretera. Como corroboración pueden citarse varios testimonios debidamente ratificados:

Dice Jesús Becerra: Me consta por haberlo visto y presenciado, que el día sábado diez y seis de marzo del presente año, ocurrió un accidente automoviliario, a eso de las ocho y cuarenta minutos de la mañana, unos diez kilómetros arriba de esta ciudad, entre el automóvil número 103 de propiedad del doctor Carlos Dorsonville, manejado por éste, y la volqueta número 8277 de las carreteras u obras públicas nacionales, que bajaba. El automóvil del doctor Dorsonville subía en dirección a Buenavista".

Héctor Borja o Camejo dice: "Me consta por haberlo presenciado, que el día sábado diez y seis de marzo del presente año, ocurrió un choque o accidente automoviliario, a eso de las ocho de la mañana, más o menos, a unos diez kilómetros de esta ciudad de Villavicencio entre el automóvil 103 del doctor Carlos Dorsonville, manejado por éste, que iba subiendo y la volqueta número 8277 de las carreteras u obras públicas nacionales que iba bajando".

Puede darse por acreditado que la volqueta era oficial.

Como la volqueta iba bajando el conductor de ella debía extremar el cuidado, pues era natural prever la posibilidad de un encuentro con otro vehículo.

El fallador de primera instancia, para colocar el sub-judice en la situación en que lo plantea, acoge la tesis de que cuando ocurren colisiones de esta clase, la presunción de culpa se elimina. Para la Sala de Negocios Generales, semejante doctrina, que podría discutirse cuando los perjudicados son los dueños o los conductores de los vehículos colididos, no sería aceptable en frente de un tercero, como lo sería el peatón o el pasajero de uno de los automotores. En esas condiciones, "tratándose de actividades peligrosas, como la conducción de un ferrocarril, de un tranvía, de un automóvil, la presunción milita en contra de la empresa o de los patrones respectivos y se desvirtúa sólo de la manera expresada por la ley o cuando se acredita que el conductor de un automóvil no estaba en el momento de producirse el accidente bajo la dependencia del respectivo patrón". (Gaceta Judicial números 2006 a 2009, página 148).

De otro lado, cuando hay participación de varios en un hecho perjudicante, existe una solidaridad, en virtud de la cual, por ministerio del artículo 2344 del C. C., se puede perseguir a uno solo de los participantes para que se indemnice la totalidad del daño.

Sucede, sin embargo, que en el accidente de que se trata, el damnificado no era un tercero cualquiera, sino que iba como pasajero en uno de los automóviles del choque.

El transporte del doctor Jiménez no fue por mera cortesía, por benevolencia, porque se hizo en atención a que éste iba prestándole al doctor Dorsonville

sus servicios de abogado: En semejante evento, podría pensarse que se presentaban dos acciones: una contractual ante Dorsonville, y una extracontractual ante la Nación. Así las cosas, ¿la acción de Jiménez debería dirigirse sólo contra Dorsonville, reservándose éste la acción por culpa aquiliana?

Para la Sala estas dos acciones no se excluyen, de forma que el doctor Jiménez podía, como lo hizo, dirigir su reclamo indemnizatorio contra el responsable del cuasidelito. Por otra parte, muy bien puede imaginarse que el daño fue producido, no por la acción de uno de los conductores, sino por el concurso de ambos, lo que permite pensar que desde ese punto de vista, es la culpa aquiliana la que con más claridad se refleja.

Con razón dijo la Sala de Casación Civil en importante fallo:

"Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica independientemente de todo arrimo contractual, pueden constituír asímismo fuente de responsabilidad delictual dando así origen y posibilidad a dos accciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumularse, por que se llegaría a una injusta e infundada dualidad en la reparación del perjuicio". (Gaceta Judicial, tomo 47, página 455).

Sobre este mismo asunto el tratadista Chiovenda se expresa así:

"Concurrencia de normas.

"Concurrencia únicamente de normas se tiene cuando el mismo hecho puede acaecer bajo distintas formas y se trata de ver cuál es la norma aplicable, la que en todo caso debe decidirse por el Juez, y de oficio: tal es el caso de la concurrencia aparente; por ejemplo, de la acción aquiliana con las acciones contractuales....."

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita que en cuanto a daños materiales no se decreten éstos sino en abstracto, "in genere", para que se demuestre su cuantía en el incidente respectivo. Se expresa así este alto empleado:

"Especialmente para determinar el monto del lucro cesante sufrido por el actor a causa del accidente en cuestión, no ha habido fundamento de ninguna clase.

"Para hacer esta fijación habría sido necesario establecer, mediante informes detallados de testigos o mediante inspecciones oculares sobre libros de contabilidad, qué suma mensual devengaba aproximadamente, en la época del siniestro, el doctor Jiménez en su profesión de abogado. Esto no lo ha demostrado la parte actora, pues las pruebas que ha traído sobre el particular, no hacen ninguna determinación en dinero. Ser abogado titulado, haber desempeñado el cargo de Secretario del Ministerio de Industrias o de Director General de la Policía Nacional (pruebas de la segunda instancia) nada acreditan en relación con la suma exacta de dinero que el doctor Jiménez devengara mensualmente al ocurrir el siniestro automoviliario".

La Sala considera:

El demandante para demostrar en esta segunda instancia el lucro cesante adujo las siguientes probanzas:

1º Copia de un instrumento notarial en que aparece un poder dado al doctor Jiménez para toda clase de juicios relacionados con la hacienda llamada La Herrera.

2º Declaraciones del doctor Abadía Méndez (Gabriel) y el señor Enrique Azcuénaga, quienes aseveran que el doctor Jiménez a causa del accidente automoviliario, no pudo ejercer el poder.

3º Certificaciones en que consta que el doctor Jiménez ocupó puestos importantes, tales como la Magistratura de la Corte Suprema de Justicia y la Dirección General de la Policía Nacional.

4º Copia de una demanda de deslinde referente a La Herrera.

Algunas de estas piezas, principalmente las declaraciones de testigos evidencian que el doctor Jiménez ejercía la profesión de abogado y que sus labores se suspendieron durante el tiempo de la incapacidad. Ello indica que por este aspecto se demostró la existencia de un perjuicio, antecedente lógico del derecho de indemnización; pero no hay pruebas que establezcan siquiera aproximadamente cuáles eran los proventos mensuales del demandante, ni una comprobación plena sobre el tiempo de la incapacidad para el trabajo, para que de ello pueda inferirse que la suma fijada por los peritos, como lucro cesante, tanto en la primera como en la segunda instancia, tenía suficiente respaldo. En esas circunstancias, su dictamen no está debidamente fundamentado.

Quiere decir entonces que en el incidente del artículo 553 del código judicial el demandante debe demostrar cuánto fue el tiempo preciso de su incapacidad en el ejercicio de su profesión y qué suma aproximadamente obtenía mensualmente en ella, para poder determinar con precisión la cuantía de la indemnización.

Pidió también el demandante condenación a los perjuicios morales. Y los peritos en esta segunda instancia, sobre esta materia, expusieron lo que sigue:

"5º En cuanto a los perjuicios morales que sufrió el doctor Jiménez, tales como la angustia de verse reducido al lecho teniendo que cumplir ineludibles obligaciones familiares, su inquietud sobre la gravedad de las heridas, la perspectiva de perder negocios importantes en su profesión, y demás circunstancias de casos como éstos, nos inducen a valorar tales perjuicios en mil pesos moneda corriente".

La jurisprudencia de esta Corte ha estatuído que la reparación por culpa aquiliana debe ser integral. No sería ni humano ni jurídico que los daños morales no se indemnizaran, así sean ellos de índole puramente subjetiva, es decir, que no puedan apreciarse por los sentidos y que no tengan relación alguna con el patrimonio económico.

El daño moral, que debe ser actual, cierto y personal, hay que demostrarlo y para ello se admiten presunciones simples, como ocurre en el caso de la muerte de un hijo con relación al padre en que con esta base puede inferirse el dolor moral.

En el accidente ocurrido al doctor Jiménez se pueden relacionar las siguientes circunstancias de las cuales puede el juzgador deducir presunciones: 1ª La calidad de las heridas. 2ª Haber estado el doctor Jiménez en cama incapacitado por algún tiempo para todo género de labores. 3ª Ser un profesional que ocupó puestos destacados, tales como la Magistratura de la Corte Suprema de Justicia, y tener a su cargo, a la época en que sufrió las lesiones, gestiones judiciales de alguna importancia. Es claro que, dados estos antecedentes, plenamente demostrados, el Dr. Jiménez debió sufrir inquietudes, angustias, zozobras. Es ésta una tortura independiente del dolor físico que no es justipreciable dentro de la categoría del perjuicio moral.

En verdad, el precio de los dolores morales no es fácil estimarlo en dinero, pero al fin y a la postre, éste es un medio con el cual se da una satisfacción por el quebrantamiento del derecho.

Donde ha estado lo difícil de la cuestión ha sido en la manera de hacer la avaluación. Su estimación presentaba dificultades hasta que la Corte, como un avance certero de la jurisprudencia, trazó un límite al libre arbitrio judicial.

Tanto la Sala de Casación como la de Negocios Generales, al amparo del artículo 95 del Código Penal, han entendido que la libertad del juzgador para el justiprecio tiene el límite señalado en la disposición aludida.

En consecuencia la Sala acepta el dictamen pericial que estimó en mil pesos los daños morales padecidos por el demandante.

Consta en el expediente que el demandante cedió el derecho litigioso al señor Joaquín Zapata, según se ve en el documento de fecha 7 de abril de 1943 y que aparece al folio 6 del cuaderno primero.

El Tribunal, por auto 9. de junio del mismo año, reconoció la cesión, la que se notificó al representante de la Nación, con lo cual quedó perfeccionado el traspaso y el cedente salió del proceso para ocupar su lugar el cesionario.

Estima la Sala, en desacuerdo con algunos doctrinantes, que, en casos como el actual en que se reconoció la subrogación por auto ejecutariado, sí se produce el cambio de actor en la relación jurídico procesal.

Consta también que por oficio número 5916 de 21 de octubre de 1944 el Juez de Rentas Nacionales transcribió a la Sala de Negocios Generales la siguiente providencia dictada en el juicio ejecutivo de la Nación contra el doctor Jiménez:

"Juzgado de Rentas. — Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y cuatro.

"Como el ejecutado no ha cancelado los impuestos de renta de los años de 1934, 1935, 1936 y 1937, el Juzgado de Rentas Nacionales, resuelve:

"Decrétase el embargo de los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle al ejecutado doctor Manuel Vicente Jiménez en el juicio que sigue éste contra la Nación y el cual se adelanta en la Honorable Corte Suprema de Justicia, según fallo del Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá de fecha cinco de junio del corriente año. Comuníquese este embargo a la Sala de Negocios Generales de la Honorable Corte Suprema de Justicia para los fines indicados".

La Sala se abstiene de dictar lo conducente para los fines del artículo 282 del código judicial, porque observa que desde el año de 1943 viene figurando en el proceso el señor Joaquín Zapata en lugar del doctor Jiménez, no obstante que el Tribunal en la sentencia no tuvo en cuenta al cesionario.

En cuanto a los gastos que hizo el demandante, pueden aceptarse como acreditados los doscientos pesos ($ 200.00), según la atestación juramentada del doctor Leyva Pereira, quien reconoció el recibo correspondiente. Mas los trescientos pesos en drogas no están respaldados sino por el concepto de los peritos, quienes no se apoyan sino en probabilidades, y por este motivo no es dable ordenar el pago de ellos.

En virtud de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Decide:

Confírmase el ordinal cuarto de la sentencia apelada, y se revocan los ordinales primero, segundo y tercero.

En su lugar se resuelve:

1º Reconócese que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales que recibió el doctor Manuel Vicente Jiménez en el accidente automoviliario ocurrido en la carretera que de Villavicencio conduce a Cáqueza, a eso de las ocho de la mañana del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta, y ocasionado por el choque entre el automóvil número 103 y la volqueta distinguida con la placa 8277 y que estaba al servicio de dicha carretera.

2º Condénase a la Nación a pagar al señor Joaquín Zapata, cesionario del doctor Manuel Vicente Jiménez, las siguientes cantidades: doscientos pesos moneda legal ($ 200.00), valor de los servicios médicos, y mil pesos de la misma moneda ($ 1.000.00), a título de indemnización moral.

3º Condénase a la misma entidad demandada a pagar al mismo señor Zapata los perjuicios materiales sufridos por el doctor Manuel Vicente Jiménez, en el accidente automoviliario, los cuales se liquidarán por el procedimiento que indica el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases determinadas en el cuerpo de este fallo.

Parágrafo. — Dése al Gobierno la comunicación que ordena el artículo 554 del código judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Víctor Cock. — Belisario Agudelo Duque. — Germán Alvarado. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

GLOSAS DE LA CONTRALORIA A LAS CUENTAS PRESENTADAS POR LOS TESOREROS O DEPOSITARIOS DE FONDOS PUBLICOS.—SE DIRIME UNA COMPETENCIA NEGATIVA ENTRE DOS ENTIDADES PUBLICAS

En el poder que tiene la Contraloría para vigilar las inversiones de los fondos confiados a los tesoreros o depositarios de fondos públicos está comprendida la facultad de glosar las cuentas cuando los obligados a rendirlas no se ajustan en su rendimiento a las exigencias del Código Fiscal. De manera que cuando un Contralor hace observaciones a las cuentas y formula las glosas, no hace otra cosa que velar por la correcta administración de los fondos públicos. Obra, pues, como guardián o celador de tal administración y no como contratista, cuando le avisa el responsable que sus cuentas están mal liquidadas y que la entidad cuyo tesoro está afectado con esas cuentas tiene a su favor un saldo que el responsable debe satisfacer. Como funcionario de una entidad de derecho público obra también el Contralor cuando requiere al responsable para que conteste las glosas; y solamente en esa condición oficial es como un Contralor puede fenecer definitivamente las cuentas de manejo o elevar a alcances las glosas hechas a las cuentas de los responsables y que éstos no hayan podido justificar en la contestación provocada por el Contralor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:
Doctor Germán Alvarado).

Adelantábase ante el señor Juez Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca un proceso en el cual se han acumulado contra Enrique Matiz y sus fiadores Clemente Cholo y Bautista Forero varios juicios ejecutivos.

A poco de haberse expedido el auto de acumulación, se presentó el apoderado del ejecutado Forero a proponer excepciones perentorias. Tal propuesta dio pie para que el señor Juez Ejecutor dictara el auto de once de agosto del año pasado, en el cual dispone que el negocio pase al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que éste conozca del incidente de excepciones y lo falle.

Remitido el proceso al Tribunal Administrativo, tal entidad en providencia de trece de noviembre, se declaró inhibida para conocer del asunto, y dispuso la remisión de lo actuado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

A esta última entidad llegó el negocio el seis de diciembre último y repartido, el Magistrado a quien correspondió en providencia de veintisiete de abril de este año dio razones para no compartir las expresadas por el Tribunal Administrativo; aceptó la competencia negativa, y dispuso el envío del expediente a esta superioridad para que ella dirima la competencia provocada y aceptada.

La Sala de Negocios Generales ha oído el concepto del señor Procurador Delegado, y para decidir sobre la competencia, considera:

El Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha querido sustraerse del conocimiento porque en su concepto se trata de hacer efectiva la fianza otorgada por el señor Enrique Matiz para asegurar su manejo como Tesorero del municipio de Vergara.

La Corte observa:

A cuentas exhibidas por Matiz como responsable del erario del municipio dicho, le formuló la Contraloría General de Cundinamarca glosas motivadoras da autos de fenecimiento con alcances líquidos y definitivos. Las resoluciones deductivas de los alcances le fueron notificadas al responsable. Llenada esa formalidad, y en firme las declaraciones de alcance, la Contraloría de Cundinamarca remitió los juicios correspondientes al señor Juez Departamental de Ejecuciones Fiscales para que hiciera efectivos los alcances.

¿Qué papel asumió la Contraloría cuando le dedujo los alcances al Tesorero de Vergara? La Contraloría usó del poder que tiene para vigilar las inversiones de los fondos confiados a los tesoreros o depositarios de fondos públicos. En ese poder está comprendida la facultad de glosar las cuentas cuando los obligados a rendirlas no se ajustan en su rendimiento a las exigencias del C. Fiscal. De manera que cuando un Contralor hace observaciones a las

cuentas y formula las glosas, no hace otra cosa que velar por la correcta administración de los fondos públicos. Obra, pues, como guardián o celador de tal administración, y no como contratista, cuando le avisa al responsable que sus cuentas están mal liquidadas y que la entidad cuyo tesoro está afectado con esas cuentas, tiene a su favor un saldo que el responsable debe satisfacer. Como funcionario de una entidad de derecho público obra también el Contralor cuando requiere al responsable para que conteste las glosas; y solamente en esa condición oficial es como un Contralor puede fenecer definitivamente las cuentas de manejo o elevar a alcances las glosas hechas a las cuentas de los responsables y que éstos no hayan podido justificar en la contestación provocada por el Contralor.

El Juez de Ejecuciones Fiscales, a su turno, no ha hecho más que cumplir con lo que le ha ordenado la entidad que ejerce el control sobre la administración de una sección de la República.

La Corte, pues, halla que el caso está cobijado por la doctrina por ella asentada en varias ocasiones y en particular en fallo de veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Por estar en lo cierto el señor Procurador Delegado, puede la Corte reproducir esta parte de la vista agregada a este negocio: "Se discute un acto **de poder** de la administración, como es la eficacia de los fenecimientos que sirven de recaudo ejecutivo. Entre el señor Matiz y la administración no se celebró contrato alguno de derecho privado y, por lo mismo, sus relaciones se hallan en el campo del derecho administrativo Como lo accesorio sigue a lo principal, la fianza otorgada por el demandado Forero Matiz debe considerarse también regida por disposiciones de carácter administrativo y no meramente civil. Al proferir los fenecimientos mencionados y al seguir el respectivo juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, la administración obró, pues, como persona de derecho público y no como entidad de derecho privado". Conclusión: que se debe dirimir la competencia en la forma indicada por el mismo funcionario.

Por tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, decide que la competencia de este negocio le corresponde al Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que avoque el conocimiento y falle las excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Víctor Cock. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Con salvamento de voto, **Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás P.,** Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR RAMON MIRANDA

En el fallo proferido por esta Sala de fecha julio cuatro del corriente año, del cual fue ponente el doctor Víctor Cock y en donde se desató la competencia negativa suscitada entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio ejecutivo de la Nación contra el señor Teodoro Amézquita, me permití disentir de la autorizada opinión de mis compañeros de Sala y, por lo mismo, hube de salvar mi voto en el fallo citado.

En esta ocasión, se presenta un caso semejante que me obliga a separarme por segunda vez del respetable concepto de mis colegas. Para ello me basta con reproducir las razones que tuve entonces, y que son las siguientes:

"De acuerdo con el estatuto que regula la competencia de los organismos de lo contencioso administrativo — Ley 167 de 1941 — todas las controversias que se originen en contratos celebrados por el Estado y las demás personas de derecho público están sustraídas del imperio de esta jurisdicción especial.

Lo anterior reza tanto con los contratos de derecho civil cuanto con los que se ajustan a los procedimientos especiales del derecho administrativo.

La ley ha atribuído expresamente tal competencia a la justicia ordinaria, como puede verse en varias disposiciones del Código Judicial vigente. Y de otro lado, la Ley 167 de 1941, también de modo perentorio ha establecido, en su artículo 73, una prohibición al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos para conocer de los negocios jurídicos que tengan origen en contratos celebrados por una entidad pública.

Son éstos los principios dominantes y los textos positivos que regulan en Colombia el contencioso de los contratos en que la administración es parte; y de conformidad con ellos no es posible justificar la excepción que hace la providencia anterior en cuanto admite que con base en un contrato accesorio de fianza para asegurar el manejo de un empleado, puede el Tribunal Administrativo conocer del incidente de excepciones que suscita la ejecución forzosa por alcance deducido al principal obligado y su fiador.

Con todo respeto disiento de la autorizada opinión de la Sala porque considero que los términos de las leyes reguladoras de competencia en esta materia no dan margen para llegar a la conclusión adoptada. La misma Corte en su decisión de 26 de julio último sobre inexequibilidad de la Ley 67 de 1943, señaló las bases para desatar los posibles conflictos de competencia a que puede dar lugar el ejercicio de la jurisdicción coactiva; y de allí se desprende que los actos contractuales de la administración están fuera del conocimiento de los organismos de lo contencioso administrativo. Es cierto que en tal decisión se incorpora la doctrina francesa en boga en otra época, que divide la manifestación de voluntad del Estado en actos del gestión y actos de poder o de Gobierno, pero ello no obsta para que sin aceptar esta concepción doctrinal se llegue al mismo resultado, o sea que según la interpretación de la Corte a la Ley 67 de 1943 rige la competencia judicial ordinaria en todos los casos en que la base de la ejecución forzosa es un acto contractual de la administración.

Con anterioridad a este fallo, la misma Corte había dicho a propósito de la acción de inconstitucionalidad del artículo 258 del Código de lo Contencioso Administrativo:

"La norma acusada como inexequible o sea el artículo 258 de la precitada Ley 167 de 1941, pugna con la norma constitucional numeral 3º del artículo 148 de la Corta, por cuanto somete la caducidad de un contrato a la decisión de la jurisdicción Contencioso Administrativa, desconociendo por lo tanto el principio del numeral 3º de la Carta ya citado, porque la declaración de caducidad de un pacto bilateral, en un negocio en que tenga parte la Nación, constituye una cuestión contenciosa, atribuída para su resolución a la Corte Suprema, por imperio constitucional. Y si esto es así, dentro del terreno de la ley positiva dictada por el constituyente, también lo es en el de los principios generales en que se inspira la norma aludida, y en el de la distinta naturaleza y fines, que distinguen y separan las dos jurisdicciones, la ordinaria judicial y la contencioso administrativa".

Por lo demás es sabido que el suscrito, en el proyecto de ley que es el actual Código de lo Contencioso Administrativo propuso las disposiciones necesarias para atribuír al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos el conocimiento de las controversias que pudieran suscitarse entre la Administración y cualquier persona o entidad ligada a ella por contratos relativos a la construcción de obras o prestación de servicios públicos de toda especie.

Pero aunque el sistema y las disposiciones que lo consagraban (artículo 265 y 266 del proyecto) fueron acogidos por la Cámara de Representantes, no ocurrió lo mismo en el Senado de la República, en donde fue rechazada tal ponencia por considerársele contraria a los mandatos de la Constitución Nacional.

Estimo que lo expresado hasta aquí es suficiente para abstenerme de compartir los puntos de vista contenidos en la providencia anterior, y mantener mi opinión de que el conflicto de competencia sobre que ella versa debió decidirse conforme a las tesis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca".

Ramón Miranda.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:
Doctor Ramón Miranda).

Por medio de sentencia que lleva fecha 28 de octubre de 1943 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso fin a la primera instancia del juicio promovido por José Aníbal Leaño contra el Departamento de Cundinamarca sobre reconocimiento de unos perjuicios.

Decidido el negocio adversamente a las pretensiones del actor, ha llegado a la Corte por apelación interpuesta por el demandante.

El recurso va a decidirse después de agotados los trámites propios de la última instancia.

— I —

Los antecedentes

Según aparece del escrito de demanda, Aníbal Leaño ocupaba en el mes de febrero de 1941 los cargos de Tesorero de Rentas del Municipio de Sasaima y Recaudador de Hacienda Nacional en el mismo. El once de aquel mes el Visitador Fiscal de la Contraloría General de Cundinamarca, por orden de esta entidad, practicó una visita en la oficina a cargo de Leaño en la cual examinó las cuentas de su manejo, y como resultado de ella le dedujo un alcance al empleado responsable por la cantidad de $ 336.48. En la misma fecha presentó denuncia criminal por el delito de peculado ante el Alcalde Municipal de Sasaima contra Leaño, y como consecuencia de la investigación criminal se le embargaron bienes y se le redujo a prisión, hasta el 25 de abril en que fue libertado bajo fianza. Posteriormente, en el mes de febrero de 1942 el Juez Tercero Superior dictó auto de sobreseimiento definitivo, el cual fue confirmado por el Honorable Tribunal en providencia del 15 de mayo del mismo año. Enumera, además, la demanda otros hechos en los cuales se relacionan los nuevos exámenes de cuentas practicados por empleados de la Contraloría de Cundinamarca en los que igualmente — según afirma el demandante — se incurrieron en los mismos errores, que fueron causa de la prisión y los consiguientes perjuicios que le ocasionó aquel proceso criminal.

Entre los perjuicios señala la pérdida de su salud quebrantada gravemente por el daño moral; la pérdida de los empleos o cargos que desempeñaba, y la ausencia total de recursos para atender a sus necesidades y los de su familia.

Con base en los anteriores hechos solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones: que el Departamento de Cundinamarca es civilmente responsable de las pérdidas y los perjuicios morales y materiales que se le causaron por los errores y omisiones en que incurrieron los Visitadores Fiscales en el examen de las cuentas; y que se condene al Departamento a pagarle la cantidad de doce mil pesos moneda corriente, en la cual estima tales perjuicios, o subsidiariamente la que se fije por medio de peritos designados en la forma legal.

Como fundamento del derecho invocado señaló los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

El Tribunal del conocimiento no encontró probados los hechos sustentadores de la acción, y por tal motivo absolvió a la entidad demandada de todos los cargos presentados por el querellante.

El Tribunal examinó en su fallo si se hallaban acreditados los elementos necesarios para derivar a cargo del Departamento de Cundinamarca la responsabilidad civil que pretende deducírsele en el juicio, y llegó a una solución negativa por encontrar que no están demostrados los hechos que se invocan como constitutivos de la culpa en que hubieran podido incurrir los agentes de la administración departamental al imputar al señor Leaño el alcance, cuya errónea cuantía fue causa para que se siguiera a éste el proceso penal y los consiguientes perjuicios de que se queja.

Evidentemente del examen de las pruebas que tuvo a su vista el Tribunal en la primera instancia no resultan claramente comprobados los hechos que el actor presenta como generadores de la culpa que atribuye a la administración departamental. En efecto, en los autos solamente aparece demostrado lo siguiente:

1º — Que en el acta de visita practicada por el empleado de la Contraloría Departamental, señor Rafael Durán, en la cual se le dedujo el alcance de

$ 336.48, se observó que el señor Leaño no llevaba el libro de imputaciones por lo cual no se podía presentar objetivamente el cuadro de las finanzas municipales;

2º — Que el 21 de febrero del mismo año se practicó a petición del interesado — contra quien se seguía ya la investigación criminal de que hablan los autos — una nueva visita por otro funcionario de la Contraloría Departamental — el señor Castaño López — diligencia que se verificó mediante autorización del juez instructor, resultando de ella que por equivocaciones sufridas por el visitador Durán el alcance en contra del señor Leaño se aumentó en $ 347.48 que el ex-Tesorero entregó a su sucesor en el cargo, como cancelación de la suma faltante.

3º — Que por solicitud del apoderado del sindicado el juez del conocimiento practicó, en asocio de testigos actuarios una nueva visita sobre los libros de la Tesorería de Sasaima durante el lapso en que fue Tesorero Leaño, en la cual se llegó a las siguientes conclusiones: "Del alcance de $ 347.48 que el visitador señor Castaño López dedujo al ex-Tesorero señor Aníbal Leaño deben descontarse las siguientes cantidades: $ 270.00, de restaurantes escolares; $ 11.34, también de restaurantes escolares y $ 54.10, por participaciones municipales, lo que da un total de $ 335.44, por lo cual queda reducido el alcance al señor Leaño en la suma total de $ 12.04". Del acta correspondiente se desprende que los alcances hallados por los visitadores Durán y Castaño se debieron a que Leaño no descargó del libro de Caja la suma de $ 45.00 mensuales hasta completar $ 270.00 y en cambio sí los hizo ingresar al libro de Caja de restaurantes escolares; e igualmente a haber contabilizado como ingreso en el libro de Caja General una partida por el mismo concepto que sólo debía incluír en la cuenta especial de restaurantes escolares, resultando de esto $ 11 34 a su favor; y por último, a haber cargado doblemente una partida de $ 54.10 en el renglón correspondiente a licores extranjeros.

Los testigos actuarios en tal diligencia fueron empleados de la Contraloría del Departamento y su intervención autorizada por esta oficina.

4º — Posteriormente, el Contralor del Departamento, por Resolución numero 302. de 3 de septiembre de 1941, a solicitud de Leaño, comisionó al Jefe de Contabilidad, señor Julio Carrillo Tavera, para que llevara a cabo una última visita en los libros y papeles de la mencionada Tesorería de Sasaima, de la cual resultó, según el informe de aquel empleado:

"En resumen mi concepto o algo más, la realidad de los hechos es la siguiente: A excepción de las pequeñas equivocaciones cometidas por Durán, los visitadores no han cometido error al levantar el alcance, porque ellos se sujetaron a lo que rezaban los libros y comprobantes. La culpa es toda del ex-Tesorero por no anotar en sus libros los traslados de fondos de restaurantes escolares. Es cierto que el hecho de que el ex-Tesorero no le haya dado salida en su libro de Caja General a los auxilios municipales para los restaurantes escolares inflaba el saldo del efectivo del libro correspondiente pero la cuenta que hicieron los peritos (se refiere a los testigos actuarios que participaron en la diligencia ordenada dentro del sumario por el Juez de Facatativá) está errada en el sentido de haber tomado como base de estudio el primero de junio sin tener en cuenta que la corrección que hizo el visitador Castaño ya había incluído dicho mes. De manera que en realidad lo que debe abonar el ex-Tesorero Leaño son las siguientes partida....." "Queda en resumen el alcance al ex-Tesrero señor Leaño en la suma de $ 122.48. Como dicho señor reintegró la cantidad de $ 347.48, es el caso de ordenar al actual Tesorero Municipal de Sasaima que con la sola presentación de la cuenta de cobro devuelva al señor Leaño la suma de $ 225....."

El Tribunal Superior, mediante el examen de estos antecedentes, conviene en que se cometieron errores por los visitadores de la Contraloría en el examen de las cuentas bajo la responsabilidad de Leaño; pero afirma que ellos se debieron a negligencia del mismo Tesorero, quien por no llevar los libros de contabilidad de la Tesorería en forma debida, fue el culpable de que se le dedujeran los alcances, aunque en cifras diferentes en cada ocasión.

Por lo que hace a las consecuencias de estos hechos — afirma la sentencia — objeto del recurso:

"Por otro lado si bien el procedimiento seguido contra el ex-Tesorero terminó en sobreseimiento definitivo a su favor, no puede negarse que siempre apareció un alcance a su cargo, primero por $ 12.04 y luégo de la visita del Jefe de Contabilidad de la Contraloría del Departamento por $ 122.48. Si la justicia penal no encontró la figura delictuosa en tales hechos, no por eso se puede concluír que no existieron, ya que la propia Contraloría ordenó devolver a Leaño lo que había consignado para pagar el alcance hallado por el Visitador Durán, menos la suma de $ 122.48.

En últimas, siempre existió un alcance provisional a cargo de Leaño, que no alcanzó a constituír delito, mas ello no quiere decir que no hubiera existido motivo razonable para producir la correspondiente denuncia criminal, ya que el visitador Durán halló en su concepto un hecho ilícito que él no tenía por qué prever, desde un principio, que no llegase a configu-

rar el delito y que el instructor le halló visos de ilicitud penal, pues de lo contrario no habría siquiera iniciado la investigación".

De su parte, el señor Procurador General de la Nación, al evacuar el traslado de los autos en esta segunda instancia, se refiere a las conclusiones del fallador de primer grado, y a las tesis del demandante, para concluír que debe confirmarse la providencia recurrida.

Razones de la Corte

Ante esta Superioridad se pidió por el actor la práctica de una prueba pericial para establecer la cifra que como alcance definitivo pudiera deducirse a cargo de Leaño e igualmente para que se determinara la causa de las diferencias evidentes que comportan las actas de visitas y de la inspección ocular practicadas en la oficina de la Tesorería de Sasaima. Pero como esta prueba no llegó a realizarse, lo que habría sido de grande interés para la decisión, ésta habrá de proferirse como fundamento en los únicos elementos de juicio allegados a la primera instancia.

Es indudable que no existe conformidad en el resultado de los diferentes exámenes llevados a cabo en los libros y documentos que sirvieran al señor Leaño para el manejo de las cuentas y fondos públicos pertenecientes a la Tesorería Municipal de Sasaima. Por el contrario, aquel examen, practicado por agentes visitadores de la Contraloría Departamental, y posteriormente la diligencia decretada durante la investigación criminal con intervención de aquel despacho, dio lugar a la deducción de alcances por cantidades distintas en cada ocasión. En efecto, la suma imputada como alcance en la primera diligencia de visita fue la de $ 336.48 y con fundamento en ella el empleado visitador presentó la denuncia de carácter penal que trajo como consecuencia la indagatoria y la prisión preventiva del indiciado. La siguiente actuación de la Contraloría concluyó con la deducción de un alcance por $ 347.48 o sea en una mayor a la anteriormente computada. Por otro lado, de acuerdo con las operaciones numéricas hechas durante la diligencia de inspección ocular practicada en el curso de la investigación sumaria, el alcance se reduce aún más, hasta llegar a la cifra de $ 12.04, que tampoco tuvo carácter de definitivo, porque ya se vio que el jefe de contabilidad de la Contraloría Departamental estableció una suma diferente a cargo del Tesorero o sea la de $ 122.48.

A primera vista, la conclusión que pudiera deducirse de estas repetidas diferencias entre las cifras representativas del alcance, es la de que la Contraloría Departamental cometió errores graves en el examen de las cuentas y los documentos que le fueron presentados por el ex-Tesorero Leaño, hechos que implicarían culpa imputable a la administración departamental, si se hubiera demostrado — como era de rigor — que las equivocaciones sufridas tuvieron su causa en la falta de técnica o en descuido o negligencia de los empleados de la Contraloría Departamental en el cumplimiento de sus funciones. Desde luego, es claro que éstos tenían el deber, antes de computar cifra alguna como alcance, de cerciorarse de su exactitud y certeza y que mientras esto no ocurriera era por lo menos prematuro formular denuncia criminal contra el presunto responsable. Pero también está fuera de discusión que de acuerdo con las probanzas aparejadas en el juicio, Leaño no presentó para el examen una contabilidad ordenada, que se llevara de conformidad con las reglas de la técnica y que pudiera demostrar con evidencia, la situación de las cuentas cuyo manejo tenía. Desde la primera visita el empleado Durán hizo la observación de que los libros manejados por Leaño no presentaron la realidad objetiva de las finanzas municipales a su cargo. Y más que esta afirmación, la de la prueba pericial rendida por los expertos Rafael Becerra y Enrique Marroquín, trae el concepto de que los errores de los empleados visitadores se debieron más que todo al desorden con que los libros de cuentas se llevaban. Tal diligencia es terminante sobre el particular y basta para determinar la causa de lo ocurrido con transcribir las siguientes conclusiones de dicho informe:

"1º — El alcance de $ 347.48 liquidado al Tesorero Municipal de Sasaima por los Visitadores de la Contraloría del Departamento en sus visitas de 11 y 21 de febrero de 1941, sí fue el estricto resultado de los datos que arrojaron los libros y comprobantes de aquella Tesorería, salvo los pequeños errores que aparecen en la primera de las visitas mencionadas y que fueron aclarados en la siguiente visita de 21 de febrero del año citado.

2º — La culpa de que dicho alcance se hubiera liquidado por cantidad mayor a la real, sí la tuvo exclusivamente el ex-Tesorero señor José Aníbal Leaño, por no haber descargado en sus libros de Caja, ni en las cuentas rendidas a la Contraloría del Departamento, los auxilias municipales para los Restaurantes Escolares, por valor de $ 225.00 moneda corriente.

3º — El ex-Tesorero señor Leaño, sí tuvo un alcance efectivo de $ 122.48, hechas todas las deducciones posibles de hacer al subsanar sus errores de contabilidad.

4º — El Visitador o Visitadores de la Contraloría del Departamento, sí cumplieron su deber, y obraron

por tanto correctamente al pedir de la Alcaldía Municipal de Sasaima abriera la correspondiente investigación contra el responsable del alcance presentado, señor José Aníbal Leaño".

Ahora bien, no siendo el caso excepcional admitido por la Corte por interpretación extensiva del artículo 2356 del Código Civil como relevante de la prueba del hecho u omisión culposos para presumirla en el demandado, correspondía a Leaño demostrar no sólo la existencia de los errores cometidos en examen de sus cuentas sino la culpa de los funcionarios de la Contraloría de Cundinamarca y la relación de ella con los daños cuya indemnización se reclama. Pero lejos de ello, la única probanza eficaz para determinar el autor de la culpa — la diligencia pericial de que se ha hablado — hace recaer aquélla en los actos y omisiones del propio demandante o, por lo menos, los presentan como generadores de los errores en que incurrieron los agentes del Departamento. Para que la acción instaurada por Leaño pudiera prosperar hubiera sido necesario que por parte de éste se acreditara en debida forma que no existía alcance ninguno en su contra, y que por tanto, incurrieron los empleados de la Contraloría en culpa al deducírselos; y por otra, que los libros de cuentas que manejaba estaban aparejados con la debida diligencia, sin que pudiera atribuírse a la forma como se llevaban las equivocaciones de que dan cuenta las actas de visita y las demás diligencias que tuvieron a la vista los peritos al rendir su dictamen.

Por todo esto, la Corte comparte las conclusiones a que llegó el Tribunal sentenciador, ya que como éste afirma, no se ha comprobado la culpa de los empleados de la Contraloría y se impone, como consecuencia, la negativa de las súplicas formuladas en la demanda.

En vista de las anteriores razones 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 en todas sus partes el fallo recurrido.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

(Fdos.)

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna. — Nicolás Llinás P, Srio.

EXCEPCIONES EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

Como ya lo ha dicho la Corte, las excepciones que se proponen en un juicio seguido por jurisdicción coactiva se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea, de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, ha de concluírse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:
Doctor Ramón Miranda).

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales ha remitido a esta Superioridad el juicio ejecutivo que esa entidad adelanta contra los herederos de los señores Luis y Gustavo Franco, con el fin de que sean tramitadas las excepciones propuestas por los demandados.

Con fecha seis de julio último se dictó un auto ordenando correr traslado al señor Agente del Ministerio Público, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1026 del Código Judicial. Antes de contestar el traslado, el señor representante de los intereses de la Nación interpuso el recurso de reposición contra aquella providencia, fundado en que la Sala no es competente para tramitar las excepciones propuestas, según la doctrina que sobre el particular tiene sentada la Corte.

Dice así el señor Procurador: "Observa, pues, la Procuraduría que mediante esta ejecución coactiva se pretende, ante todo, hacer efectivo en favor de la Nación el crédito deducido contra el señor Luis J. Franco como alcance. Por tanto, el vínculo jurídico principal que une a la Nación con el señor Franco es el que une al Gobierno Nacional con sus empleados de manejo y no la relación que une a los contratantes de derecho privado".

"Es cierto — agrega — que el señor Luis J. Franco se comprometió por una escritura pública a pagar el valor de ese crédito, pero el simple hecho de haber otorgado esa escritura no cambia, en opinión de este despacho, la naturaleza del crédito que se cobra".

Por otra parte, afirma el señor Agente del Ministerio Público "que sería perfectamente antijurídico que la Nación tuviera que seguir ante la justicia ordinaria la ejecución fundada en la escritura pública número 929 ya citada y ante la justicia administrativa la ejecución fundada en la escritura número 58 de 1922 constitutiva de la prenda".

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, se anota al último de los argumentos transcritos, que una cosa es la resolución de una controversia y otra la ejecución de las obligaciones que puedan surgir con fundamento en el título que antes se discutió. Los medios para hacer efectivo lo uno y lo otro pueden ser distintos y regularmente lo son, y ello no conlleva ninguna falta de jurisdicidad.

La sentencia de 26 de julio del año próximo pasado, proferida por la Sala Plena, dice en punto a las excepciones: "En forma que el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva, puede consistir en un acto de poder de la Administración, v. gr., un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la Administración, v. gr., un contrato".

Y más adelante agrega: "En ambos casos — se refiere al recaudo por jurisdicción coactiva, según que tenga su causa en un acto de poder o de gestión— las excepciones que se propongan en el juicio, se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, **y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluírse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria".**

En el caso presente, la ejecución tiene como base las escrituras públicas número 929 de 30 de marzo de 1927 de la Notaría Primera y 58 de enero de 1922 de la Notaría Tercera, ambas de Bogotá, contentivas de contratos celebrados entre la Nación y los señores Luis J. y Gustavo Franco; y consta por otro lado, que en el auto de mandamiento ejecutivo librado contra sus herederos se ejercitó la acción mixta, o sea la personal y la prendaria e hipotecaria a que se

refieren aquellos instrumentos. Por todo ello cuanto haga relación a excepciones encaminadas a desconocer las obligaciones estipuladas en los puntos correspondientes, no pueden ser objeto de recurso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque además de violar el sistema jurídico consagrado en el Código de la materia iría contra la expresa interpretación que dio la Corte a la ley 67 de 1943, en la sentencia transcrita aquí en sus apartes pertinentes. No sobra agregar que el contencioso de contratos es materia expresamente excluída de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo, por imperio del artículo 73 de la ley 167 de 1943, incisos 1º y 4º

Las anteriores razones son suficientes, a juicio del suscrito para mantener la providencia objeto del recurso, y en consecuencia ordena su cumplimiento.

Notifíquese.

(Fdos.)

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock .— Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás P., Srio.

DESISTIMIENTO

1. — La sola lectura del artículo 461 del C. J. hace ver con cuánto derecho puede el mandante, a su arbitrio, desistir de una acción en la cual es parte, sin que deba mediar la aquiescencia del mandatario. Por el contrario, a éste no le sería permitido proponer un desistimiento sin antes estar expresamente facultado para ello por quien le confirió el poder.

2. — Refiriéndose la Corte al artículo 233 del C. J. ha dicho que no basta que se alegue para intervenir como coadyuvante un interés meramente económico, sino que exista el vínculo jurídico que haga procedente la intromisión del tercero.

Corte Suprema de Justicia. —. Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:

Doctor Ramón Miranda).

Ha venido en apelación hasta esta Sala el auto proferido por el Tribunal Superior de Popayán de fecha catorce de febrero del año en curso.

La providencia materia del recurso fue dictada dentro del juicio ordinario que la señora Dolores Castillo v. de Delgado instauró contra el Departamento del Cauca y por medio de la cual el Tribunal admitió el desistimiento de la acción presentada por la demandante.

El señor apoderado de la parte actora consideró lesivo de sus intereses tal desistimiento y solicita de esta Superioridad la revocación de la providencia aludida.

Por medio de la escritura pública número 1172, extendida ante el Notario Público Primero del Circuito de Popayán el día 7 de noviembre de 1944, la señora Dolores Castillo v. de Delgado confirió poder especial al abogado doctor Higinio Solarte V., para que la representara en el juicio que iba a promover contra el Departamento del Cauca sobre declaratoria de nulidad del contrato de compraventa de un inmueble, celebrado entre aquella entidad y la demandante.

La cláusula segunda de la mencionada escritura de mandato, dice: "..... Que faculta ampliamente a su apoderado doctor Solarte V. para que pueda desistir, transigir, recibir y acordar el precio del inmueble a que se contrae el contrato nulo, si se sanea por la ratificación de las partes el vicio que lo anula, por cuanto que la nulidad no ha sido generada por objeto o causa ilícitos, debiendo representarla en cualquier transacción, reconociéndole el cuarenta por ciento (40 %) del producto total de la indemnización que le pueda hacer el Departamento del Cauca, por concepto de honorarios".

"Tercero: Que para garantizar el pago cumplido de los honorarios a que se refiere este mandato y los gastos del juicio constituye primera hipoteca a favor del doctor Higinio Solarte V. por la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda legal sobre la casa de dos pisos localizada en esta ciudad....." (Es de observar que la casa a que se refiere esta cláusula es el mismo inmueble objeto de la controversia).

En uso de las facultades conferidas el doctor Solarte V. presentó su escrito de demanda ante el Tribunal Superior de Popayán el día diez y seis de noviembre del año próximo pasado. Al contestar el libelo, el señor Fiscal se opuso a las pretensiones del actor y a su vez reconvino para que se declarara prescripción ordinaria a favor del Departamento sobre el mismo bien.

Con fecha 30 de enero último — y aún sin aceptarse la contra-demanda propuesta por el Agente del Ministerio Público — la señora Dolores Castillo v. de Delgado, por medio de la escritura pública número 77 de la Notaría Primera del Circuito de Popayán, revocó el mandato conferido anteriormente al doctor Solarte V. y se obligó a desistir de la acción instaurada por su apoderado, como en realidad lo hizo por escrito de treinta y uno de enero del año en curso dirigido al Tribunal en donde se presentó la demanda.

El señor Fiscal se abstuvo por este motivo de seguir adelante el juicio y, por el contrario, manifestó su aceptación al desistimiento por considerarlo benéfico para los intereses que representaba.

Así las cosas, el Tribunal procedió a dictar la providencia de fecha catorce de febrero, por medio de la cual dispuso declarar revocado el poder que se confirió al doctor Solarte V., admitir el desistimiento

propuesto, ordenar la cancelación del registro de la demanda, negar las peticiones del apoderado y absolver en costas.

El doctor Solarte V. se opuso inicialmente al desistimiento presentado por su mandante por considerarlo lesivo de sus intereses en el negocio y contrario a lo dispuesto en la escritura contentiva del poder; y solicitó, además, que se le admitiera como coadyuvante en el juicio a fin de llevar a buen término la acción por él instaurada.

Se considera:

El recurrente recibió por el instrumento público mencionado atrás (escritura 1172) mandato para entablar un juicio a nombre de la señora Dolores Castillo v. de Delgado; y en estas condiciones es claro que su interés como apoderado judicial se ciñe por completo a las reglas que sobre procuración establece la ley.

El artículo 2144 del Código Civil contempla el caso de la representación en juicio y lo asimila en un todo a las reglas que gobiernan el mandato. Este contrato, como tal, puede regirse según las cláusulas que con este fin establezcan las partes, pero en ningún caso será posible que las facultades que se confiéran al mandante sobrepasen las atribuciones que la ley misma da al mandantario, ya que sería ilógico que quien tiene la capacidad para autorizar no la pueda tener para obrar, hasta el extremo, como lo quiere el recurrente, de que se deje sin efectos una revocatoria del poder que el mandante confirió libremente. A este respecto dice el artículo 2191 del Código Civil: "El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación expresa o tácita, produce su efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella"; y el 2189, ibidem, estatuye que "el mandato termina..... 3º Por la revocación del mandante".

Estas regulaciones guardan la debida correspondencia con lo establecido en el C Judicial respecto a la representación en juicio. (Artículos 264 a 266). Jurídicamente, pues, no hay duda alguna acerca de la validez de la revocación hecha por la mandante del señor Higinio Solarte V.

El recurrente estima que no debe tenerse en cuenta el desistimiento de la parte actora y que, por el contrario, debe aceptársele como coadyuvante para proseguir por sí sólo el juicio y en calidad de tal.

En relación con la primera de las solicitudes — el desistimiento — basta con transcribir, como lo hace el Tribunal, el artículo 461 del Código Judicial, que dice: "Las partes pueden separada o conjuntamente desistir del pleito, reconvención, incidente, o recurso que hayan propuesto en él; y, para ello, deben presentar personalmente ante el Secretario un escrito en que así lo manifiesten".

"El desistimiento se hace ante el Juez o Tribunal que esté conociendo del juicio, incidente, o recurso de que se trate, en cualquier estado del negocio".

La sola lectura de esta disposición hace pensar con cuánto derecho puede el mandante, a su arbitrio, desistir de una acción en la cual es parte, sin que deba mediar la aquiescencia del mandatario. Por el contrario, a éste no le sería permitido proponer un desistimiento sin antes estar expresamente facultado para ello por quien le confirió el poder.

Otra cosa es que el apoderado intempestivamente separado pueda tener acción contra quien le confirió el mandato si con ello considera lesionado alguno de sus derechos, pero tal cuestión es completamente ajena, como bien se comprende, a la clase de relaciones jurídicas que se ventilan en el presente juicio.

Dice la providencia apelada: "Por lo que mira a la intervención del Doctor Solarte V. en que pide que se le reconozca como coadyuvante, en orden a proseguir el juicio, no alcanza a descubrir la Sala en razón de qué podría él impedir la gestión directa y contraria de su mandante. El artículo 267 del Código Judicial previene sin equívocos: "Aunque una parte tenga apoderado en el juicio, puede gestionar por sí misma, y no se entiende por esto revocado el poder". En el caso de estudio el doctor Higinio Solarte V. ha actuado como un mero mandatario de la señora Dolores Castillo v. de Delgado. Los derechos que aquél considera van a ser lesionados con el desistimiento de ésta aleatorios por cierto, como condicionados a las resultas del pleito, tienen su génesis en el contrato de mandato. No muestran relación jurídica alguna entre poderdante y apoderado, en lo concerniente a la causa y al objeto mismo del litigio. Ningún interés propio tiene el doctor Solarte V. en torno al contrato consignado en la escritura número 228 ya citada. Si alguno pretende alegar, es puramente económico y además eventual. La evidencia de estas afirmaciones salta a la vista al observar que antes del mandato conferido por la viuda de Delgado al reclamante, éste ningún interés hubiera podido alegar en el pleito que aquella hubiese adelantado por intermedio de otro procurador. Ni como simple acreedor habría tenido que ver con la suerte que corriera el patrimonio de la señora Dolores Castillo v. de Delgado".

El reclamante apoya sus asertos en lo que dispone el artículo 233 del Código Judicial: "Todo aquel a quien conforme a la ley puede aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el

juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa".

El apelante cree que "conforme a la ley" él está en el caso contemplado en el artículo antes transcrito.

La norma legal en referencia ha sido abundantemente estudiada por la Corte; no basta — ha dicho la Corte en repetidas ocasiones — que se alegue para intervenir como coadyuvante en un juicio un interés meramente económico, sino que exista el vínculo jurídico que haga procedente la intromisión del tercero.

Pero aún en el caso de que se le permitiera al recurrente intervenir como lo pretende en el litigio de su ex-mandante la señora Dolores Castillo v. de Delgado, una vez que ella ha desistido de la acción, ¿qué papel podría desempeñar el apoderado? Veamos lo que al respecto ha dicho la Corte en casos semejantes: "El coadyuvante no es parte en el juicio; en el juicio no hay más que dos partes: la actora o demandante y la opositora o demandada. Quien coadyuva la acción del demandante no promueve pleito propio; ayuda o defiende causa ajena; **su derecho se limita a tal ayuda,** y no trasmite el ayudado sus propios fueros y sus peculiares privilegios". (G. J., Tomo XXXII, página 328). "El interviniente adhesivo no puede desarrollar en el litigio sino una actividad coordinada con la parte de la cual es propiamente accesorio, **y en ningún caso asumir su sitio principal o aspirar a sobrevivirla procedimentalmente".** (G. J., Tomo XLVI, página 267). No ve, pues, la Sala, a quién pueda ayudar el recurrente ni a qué pueda conducir su intervención en este litigio.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA la providencia de fecha catorce de febrero del corriente año, proferida por el Tribunal Superior de Popayán.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

(Fdos.)

Belisario Agudelo. — Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás P., Srio.

RESPONSABILIDAD POR CULPA

En el caso de autos la presunción de culpabilidad a cargo de la Nación o de su empleado, el encargado de la cadena en el retén, culpa del empleado de la cual responde también la Nación, ha de ser reconocida en el fallo, según jurisprudencia reiterada y constante de la Corte. En realidad de verdad no aparece del proceso demostración alguna tendiente a dejar establecido a favor de la Nación la destrucción de la presunción de culpabilidad de que se viene hablando, es decir, en el sentido de poder declararla exenta de toda culpa en el accidente ocurrido al señor González y que dio origen al presente litigio. Empero, a cargo del jinete señor González, quien transitaba de noche a caballo por la carretera y a paso rápido, según se puede inferir de la naturaleza del accidente mismo, y que sabía, según aparece demostrado en autos, merced a confesión hecha en posiciones por dicho demandante, de la existencia del retén en la carretera y del uso de la cadena, es decir, que ejercitaba también una actividad peligrosa en aquel entonces, hay lugar igualmente a presumir culpabilidad, o descuido, en relación con el accidente y en perjuicio propio de quien lo sufrió. Y esta conclusión conduce a mirar el asunto a la luz del artículo 2357 del Código Civil. De manera que la presunción de culpabilidad a cargo de la Nación, presunción de culpabilidad no destruída con pruebas pertinentes en el proceso, y la presunción de culpabilidad también a cargo del señor González, presunción que éste tampoco hubo de destruír, originan el que se configure en este asunto un caso de concurrencia de culpas, que necesariamente habrá de tenerse en cuenta para la decisión del litigio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre primero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:
Doctor Víctor Cock).

Conoce la Corte del presente juicio ordinario en virtud de apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de 30 de junio de 1944, dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Instaurado por el señor Miguel Angel González contra la Nación, concluyó en la primera instancia con la sentencia referida, la cual fue proferida a favor de la parte demandada en el sentido de haber sido absuelta de los cargos formulados en la demanda.

Pidió el demandante, en escrito, datado el 1º de marzo de 1943, que previa audiencia del Estado colombiano fueran hechas las siguientes declaraciones:

"1ª — Que la Nación está obligada a pagarme la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00) m|cte., valor de los perjuicios materiales que el accidente mencionado me produjo.

"2ª — Que la Nación debe pagarme la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00) m|c., valor de los perjuicios morales que el mismo accidente me ocasionó".

En subsidio pidió fuera sentenciado así:

"1ª) Que la Nación está obligada a pagarme el monto de los perjuicios materiales que me produjo el accidente en referencia, en la cuantía que estimen peritos, que el Honorable Tribunal encuentre suficientemente probada o que se fije en legal forma con posterioridad a la sentencia.

"2ª) Que la Nación debe pagarme el monto de los perjuicios morales que aquel accidente me ocasionó, en la cuantía que estimen peritos, que encuentre probada el Honorable Tribunal, o se fije con posterioridad a la sentencia en legal forma".

Los hechos fundamentales de la demanda, los puntualizó el demandante según resulta de la siguiente transcripción:

"1) Soy vecino de la población de Duitama y, con motivo de mis negocios de agricultura y ganadería, a los cuales vivo consagrado, me veo en la necesidad de viajar a atenderlos a mis fincas de Bonza, distantes del poblado varios kilómetros.

"2) En la carretera Central del Norte, vía Nacional, se halla situado un retén entre los kilómetros 219 y 220, más o menos a unos cien metros del primero de tales kilómetros, entre Paipa y Duitama.

"3) A pesar de que dicho retén ha sido establecido únicamente para automóviles y vehículos de trac-

ción, abarca toda la carretera, sin dejar sitio alguno por donde puedan pasar las personas que viajan a caballo.

"4) El día doce (12) de agosto de 1942, entre las siete y media y las ocho de la noche viajaba yo a caballo a paso moderado, en la bestia que siempre uso para estos menesteres por su mansedumbre y bondad, en la dirección Paipa - Duitama, y el retén antes mencionado, que había sido establecido unos veinte días atrás, tenía puesta la cadena. No había en aquellos momentos ninguna señal de peligro ni de que estuviera extendida la cadena, ni había instalación eléctrica, lámpara o farol que hiciera posible ver tal cadena o presumir que estuviera extendida.

"5) En aquellos momentos, y a pesar de estar puesta la cadena, como queda indicado, el encargado del retén no estaba allí, pues — según se supo posteriormente— había ido a una casa cercana al retén a intervenir en una querella doméstica, sin preocuparse de retirar la cadena o de indicar que estaba puesta, ni de dejar encargada a otra persona;

"6) Viajando en la forma indicada, y sin que me fuera posible evitarlo y no habiendo ninguna señal que me indicara el peligro que corría, se enredó mi cabalgadura violentamente con la cadena del retén, lanzándome con gran fuerza a tierra.

"7) Al caer, pedí auxilio y llamé repetidamente al encargado del retén, señor Alvaro Rueda, pero la señora Carmen Elvira Guío, allí presente, me manifestó que el guarda-vía estaba ausente en aquel momento.

"8) A pesar de viajar a caballo a paso moderado, sufrí gravísimos golpes y heridas al caer, los cuales me han ocasionado daños y perjuicios, tanto de carácter material como de carácter moral, que no me han sido indemnizados en forma alguna.

"9) Al caer del caballo sufrí una gran conmoción; recibí numerosas heridas en la cara, que, a pesar de haber sido tratadas por especialistas, me dejaron una cicatriz de ceja a ceja, de carácter permanente y defectuoso; el golpe me rompió la nariz en el hueso cercano a la frente y me desvió notablemente el tabique nasal lo cual me ha hecho perder casi por completo el olfato y me ha afectado la audición; tal golpe me dejó también una deformidad física permanente en tal hueso de la nariz, o sea donde reposan los anteojos; el mismo golpe me rompió el labio superior, debajo de la nariz, en una longitud horizontal de cerca de una pulgada, herida que, a pesar de haber sido cosida en tres puntos, me dejó también un defecto facial permanente; el mismo golpe me rompió varios dientes y me aflojó otros, lo cual me obligó a hacerme extraer las otras piezas de la boca para colocar una dentadura postiza; también me ocasionó el golpe que recibí al caer del caballo una gran herida en el labio inferior, que quedó completamente partido y que, no obstante las curaciones hechas, quedó recogido y abultado y me impide silbar y articular bien algunas palabras; la mandíbula derecha me quedó desarticulada y con el mismo golpe se rompieron los anteojos que llevaba puestos; la violenta caída producida me afectó el pecho, debido al gran golpe que recibí, y todavía en la actualidad tengo fuertes dolores; el mismo golpe me interesó gravemente la columna vertebral que, aunque no alcanzó a partirse, sí me ha dejado imposibilitado para hacer aún el menor esfuerzo.

"10) Después de tal accidente, fuí hospitalizado durante ocho días en el hospital de Duitama (en donde tuve que pagar diez y seis pesos con noventa centavos) además de muchos otros gastos hechos en médicos y remedios.

"11) Después de salir del hospital, estuve recluído en mi casa, y reducido a la inactividad, por más de veinticinco días, tiempo durante el cual me fueron hechos los remedios del caso y los tratamientos indicados en las heridas de la nariz y los ojos.

"12) Los ojos, como queda dicho, también sufrieron con el golpe en referencia: me salió una gota de sangre que después desapareció, pero debido al accidente me ha disminudído la capacidad visual, y con posterioridad al 12 de agosto de 1942 he sufrido graves trastornos y fuertes dolores de cabeza, además de que, al mirar, los ojos me titilan y lacriman.

"13) Los golpes y heridas a que he hecho referencia me han dejado una deformidad de carácter permanente, especialmente en la nariz, en los labios y en la frente, y una lesión en la columna vertebral, todo lo cual me ha producido un gran perjuicio material, que posteriormente se ha aumentado con una disminución en mi capacidad de trabajo y en mis energías para toda actividad.

"14) Durante el tiempo que estuve hospitalizado y reducido al lecho, mis negocios de ganadería y agricultura quedaron completamente abandonados, de suerte que fuera de serme imposible acudir a mis trabajos y ganarme el sustento diario, dejé de percibir las acostumbradas ganancias, precisamente por el desgreño y abandono en que por fuerza de mi enfermedad, motivada por el accidente, quedaron mis fincas y todos mis negocios.

"15) Los mismos hechos me han producido gráves perjuicios morales, consistentes en la desgracia de las deformidades permanentes anotadas, en la depresión moral que una situación como la relatada implica, en la natural disminución de sociabilidad que se desprende de tal situación y en la amargura y dolor, malestar y pesar en que he quedado debido

al accidente sufrido.

"16) Antes del accidente mencionado, según lo acreditaré oportunamente, me encontraba en perfecto estado de salud y sin novedad o mal de ninguna naturaleza".

Finalmente fundó el demandante su demanda en cuanto a derecho en el título 34 del Libro IV del Código Civil referente a responsabilidad civil por culpa extracontractual.

Como es de rigor legal, de esta demanda se corrió traslado al señor Fiscal del Tribunal del conocimiento, quien en escrito que lleva fecha 8 de abril de 1944, declaró simplemente no constarle los hechos de la demanda, si bien con respecto al hecho segundo de aquélla, hecho que trata del **retén** que el demandante asegura existir en la Carretera Central del Norte, expresó en forma más explícita lo siguiente: "No tengo más conocimiento de ese hecho que la certificación que se adjunta a la demanda expedida por la Sección Tercera del Ministerio de Obras Públicas y pido que se compruebe plenamente".

Por lo demás, el señor Fiscal se opuso a las pretensiones de la parte demandante y solicitó la absolución de la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Para fundar el Tribunal la absolución de la Nación adujo, en síntesis, el siguiente argumento:

"Es suficiente lo dicho para concluír, que no existe dentro del proceso prueba alguna capaz de llevar al ánimo del fallador, la convicción plena de que el funcionamiento del servicio de retén establecido entre los kilómetros 219 y 220 de la Carretera Central del Norte, dependiera del Gobierno Nacional y que estuviera atendido por agentes del mismo en la época del accidente que alega haber sufrido en dicho sitio el señor Miguel Angel González. Y si esto es así, es lógico que no hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones de la demanda".

En la segunda instancia del juicio vinieron algunas nuevas comprobaciones, por su naturaleza misma suficientes éstas para dejar plenamente cimentado el resultado de que en el juicio no puede hoy ser materia de controversia el carácter nacional del retén de Duitama en la Carretera Central del Norte.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su escrito presentado ante la Corte en nombre de la Nación y que lleva fecha 3 de abril último, no discute siquiera los puntos de hecho al rededor de los cuales gira el proceso, en términos tales que llega a expresarse así:

"Dada la circunstancia de haber ocurrido el accidente de noche y sobre una carretera, no puede exigirse una prueba testimonial abundante ni sobre el hecho mismo, ni sobre sus circunstancias. Por modo que hallándose comprobado que poco tiempo antes de su llegada al retén el señor González se hallaba sano, que poco tiempo después presentaba heridas en la cara, que desde el primer momento se atribuyeron a un accidente sucedido frente al retén; mediando la declaración de dos testigos, uno presencial y el otro que se hallaba en la casa del retén y oyó el trotar del caballo, la caída, voces, y que inmediatamente vio a González herido; existiendo la comprobación de que otro testigo presencial relató a varias personas el modo como pasaron las cosas, y por último, hallándose la declaración de quien encontró, sin jinete, y ensillado, rato después del accidente, el caballo del herido, debe aceptarse como probado satisfactoriamente, que González sufrió una caída de su caballo, frente al retén, es decir en el sitio donde se hallaba la cadena, destinada a interrumpir el tránsito para facilitar la vigencia que el retén tenía a su cargo".

Y a continuación agrega el señor Procurador:

"Está comprobado entonces que la Nación tiene culpa del accidente? Hubo negligencia de los empleados de la Nación que causara el accidente o éste ocurrió por negligencia del transeúnte? Tal es el problema básico que aquí se plantea".

Y a este propósito agrega el señor Procurador Delegado que, a su parecer, es indiscutible que en el caso actual debe descartarse la presunción de culpabilidad por razón de ciertas actividades peligrosas y ya que, en su opinión, como actividades peligrosas pueden considerarse los medios de locomoción rápida, las máquinas en movimiento, etc., pero que no se les debe reconocer tal calidad a las cosas estáticas, "como una carretera, o un cable extendido a cierta altura sobre una carretera".

Deduce de lo anterior el señor Personero de la Nación que la carga de la prueba corresponde en el caso actual al actor, por ser él quien alega la culpa, esto es, el descuido o negligencia de la parte demandada.

Considera la Corte que la tesis enunciada por el señor Procurador acerca de que la presunción de culpabilidad es inaplicable, en concepto suyo, al caso de la cadena extendida a cierta altura sobre una carretera, caso que corresponde precisamente a aquél sobre el cual versa el presente litigio, es una tesis que no puede ser acogida por esta Corporación.

En efecto, la razón jurídica cardinal para haber adoptado la Corte la doctrina de la presunción de culpabilidad con respecto a determinadas actividades peligrosas reposa precisamente en el contenido del artículo 2356 del Código Civil, precepto positivo de nuestra legislación, que reza así:

"Artículo 2356. Por regla general todo daño que

pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

"Son especialmente obligados a esta reparación:

1º — El que dispara imprudentemente una arma de fuego;

"2º —El que remueve las lozas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

"3º — El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

Bien se comprende que los casos contemplados bajo los ordinales 2º y 3º de la disposición legal transcrita, caso de remoción de las lozas de una acequia o cañería o de descubrirlas en calle o camino, y caso de la reparación o reconstrucción de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, en lugar de constituír supuestos que se alejen del caso contemplado en este litigio, de manera sorprendente se avecinan a él, siendo aún posible llegar hasta su identificación misma.

Se sigue de lo expuesto que, en sentir de la Corte, la presunción de culpabilidad a cargo de la parte demandada, o de su empleado, el encargado de la cadena en el retén, culpa del empleado de la cual responde también la Nación, ha de ser reconocida en el presente fallo según jurisprudencia reiterada y constante de esta Corporación Judicial.

En realidad de verdad no aparece del presente proceso demostración alguna tendiente a dejar establecido a favor de la Nación la destrucción de la presunción de culpabilidad de que se viene hablando, es decir, en el sentido de poder declararla exenta de toda culpa en el accidente ocurrido al señor González y que dio origen al presente litigio.

Empero, a cargo del jinete señor González, quien transitaba de noche a caballo por la carretera y a paso rápido según se puede inferir de la naturaleza del accidente mismo, y que sabía, según aparece demostrado en autos, merced a confesión hecha en posiciones por dicho demandante (fl. 10 v. del cuaderno de pruebas de la Nación), de la existencia del retén en la carretera y del uso de la cadena, es decir, que ejercitaba también una actividad peligrosa en aquel entonces, hay lugar igualmente a presumir culpabilidad, o descuido, en relación con el accidente de que se viene hablando y en perjuicio propio de quien lo sufrió.

Y esta conclusión conduce a mirar el asunto a la luz del artículo 2357 del Código Civil, disposición que estatuye:

"La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha recibido se expuso a él imprudentemente".

De manera que la presunción de culpabilidad a cargo de la Nación, presunción de culpabilidad no destruída con prueba pertinente en el proceso, y la presunción también de culpabilidad a cargo del señor González, presunción que éste tampoco hubo de destruír, originan el que se configure en este asunto un caso de concurrencia de culpas, concurrencia de culpas que necesariamente habrá de ser tenida en cuenta para la decisión del litigio.

Como el señor Procurador Delegado en lo Civil no acepta la presunción de culpabilidad a cargo de la Nación, lógicamente llega a la conclusión de que el demandante ha debido demostrar la existencia misma de esa culpabilidad en el caso concreto en estudio; y que, como no presentó tal comprobación, procede la absolución de la parte demandada.

No obstante, el señor Procurador Delegado, y a manera de solución subsidiaria, representa así:

"Para el caso de que la Honorable Corte no comparta los anteriores puntos de vista, solicito que la condenación se reduzca a la indemnización de los perjuicios materiales consistentes en pago de hospitalización, médicos y medicinas, y del perjuicio moral subjetivo ocasionado por las cicatrices que afectan el rostro del demandante. Los primeros deberán ser determinados en su cuantía mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial. En cuanto a los demás perjuicios solicito la absolución de la parte que represento, por no haber sido comprobados oportunamente.

"En efecto, el actor no estableció relación alguna entre la incapacidad transitoria que el accidente le produjo y la marcha de sus negocios. Se sabe que el señor González es campesino independiente, no asalariado, y ninguna prueba se produjo tendiente a demostrar que sus labranzas o sus ganados se perjudicaran por consecuencia mediata o inmediata del accidente. No habiéndose demostrado perjuicio es imposible declarar su existencia, ni condenar a su indemnización.

"El dictamen pericial practicado en la primera instancia es totalmente caprichoso, carente de fundamentos. Así, para fijar la cuantía de los perjuicios materiales, avalúan cada cicatriz a $ 500.00 y para fijar los perjuicios morales objetivados, incluyen los puramente materiales, y señalan valores desprovistos de todo respaldo en los autos. Por ejemplo, estiman los gastos del hospital en Duitama en $ 270.00 a razón de $ 30.00 diarios a pesar de que el recibo dado por dicha institución solamente se refiere a $ 16.90. (F. 4, cuaderno de pruebas del demandante, primera instancia). Si los peritos se re-

tieren a gastos distintos de la hospitalización, su dictamen siempre resulta caprichoso, pues no hay en el expediente constancia alguna de tales gastos que sirvan de base para el avalúo.

"Repito, pues, que el dictamen no puede tenerse en cuenta por falta de fundamento, y que, en consecuencia, el valor de los perjuicios comprobados debe establecerse en el incidente de ejecución de la sentencia. (Artículo 553 del C. J.)"

Más adelante habrán de ser examinados estos aspectos del asunto que presenta el señor Procurador Delegado y que tocan directamente con los elementos o bases que deben ser tenidos en cuenta para la fijación del punto de la indemnización que ha de pagarse al demandante, en caso de fallo condenatorio de la Nación, y siguiendo al efecto los trámites que son de rigor para poder llegar en definitiva a tal fijación, o sean los previstos en el artículo 553 del Código Judicial.

Se dijo antes que, partiendo de la base de que efectivamente ocurrió el accidente al señor González, tal como ésta lo describe en lo fundamental, acaecimiento cuya ocurrencia, y según antes hubo de verse, hay lugar a reconocer con respecto a él la existencia de concurrencia de culpas imputables a ambas pastes enfrentadas en el presente juicio.

Esa concurrencia de culpas no deja establecido que la de la víctima hubiera podido ser tan gravemente determinante del accidente que llegue hasta borrar la de la Nación y a eximir de responsabilidad al Estado.

De donde se sigue que la culpa propia de la víctima pueda originar una reducción de la indemnización que hubiere lugar a reconocerle; y que, procediendo en armonía con lo establecido en el antes transcrito artículo 2.356 del Código Civil, considera la Corte que tal reducción puede ser de un 50 % del total.

Habiendo quedado examinados en la forma que precede los aspectos jurídicos fundamentales que este litigio presenta, hay lugar a estudiar en seguida los puntos de hecho en los cuales se funda la acción instaurada por el demandante y especialmente aquéllos que se relacionan con la clase de daños por aquél sufridos y con la posible indemnización llamada a repararlos.

En relación con estos temas se observa, en primer término, que la ocurrencia misma del accidente en el cual sufrió heridas el señor González, el sitio en el cual hubo de ocurrir aquél, y el motivo de su acaecimiento pueden considerarse suficientemente comprobados en el proceso con declaraciones de testigos. (Véanse principalmente declaraciones rendidas por José del Carmen Vargas — fl. 21 v. del cuaderno de pruebas de la primera instancia — Luis Tobito, Orlando Garzón y Margarita Guío — fls. 10, 11 y 12 del cuaderno de pruebas de la segunda instancia); y con la inspección ocular practicada por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, en el lugar mismo en donde ocurrió el accidente (fls. 13 a 20 del cuaderno de pruebas, en la primera instancia).

Por lo que respecta a la naturaleza y consecuencias de las heridas sufridas por el señor González en el accidente memorado, figura en el proceso el concepto pericial de los médicos don N. Guío Santamaría y José Santos Niño, quienes dictaminaron así en exposición visible a los fls. 38 y 39 del cuaderno de pruebas de la parte demandante en la primera instancia:

"Señor Juez. — E. S. D.

"Atentamente manifestamos a usted que en cumplimiento a lo dispuesto por ese Despacho, hemos practicado un detenido examen al señor Miguel Angel González Z., quien presenta: una cicatriz de cuatro centímetros de larga situada en la región intersupraciliar y que se prolonga hacia la región supraciliar derecha, de dirección horizontal y bien visible: en parte linear y en parte más espesa. Otra pequeña cicatriz de medio centímetro de larga, situada a medio centímetro del extremo izquierdo de la anterior, linear y visible. Otra cicatriz en forma de L (ele mayúscula) situada así: la línea vertical que mide un centímetro, sobre la cara lateral derecha del tercio superior de la nariz, y la línea horizontal que mide medio centímetro de larga, y forma ángulo recto con la anterior, cruza el dorso de la nariz. Una cicatriz curva, de concavidad inferior, situada cerca del borde libre del labio superior, en su parte media; mide tres centímetros de larga, es notoria y visible. Esta cicatriz deforma el labio superior, formando un lóbulo medio prominente, limitado por dos hendiduras laterales. Una cicatriz de cinco centímetros de larga situada en el borde libre y mucoso del labio inferior, visible y poco notoria. Esta cicatriz impide la libre extensión lateral del labio. Conceptuamos que las cicatrices mencionadas son de carácter permanente y que no es posible que llegue a quedar sin señal alguna, aun en el caso de practicársele intervenciones de cirugía estética.

"Al examen del esqueleto óseo de la nariz se constata clínicamente una fractura de los huesos propios de la nariz; igualmente se aprecia una desviación del tabique nasal hacia la derecha, confirmados éstos dos hechos, por las placas radiográficas y el respectivo concepto del radiólogo, el cual, anota además, "una diastasis o separación de la sutura fron-

to-nasal por aplastamiento de la base de los huesos propios"; "otra fractura a la base de dichos huesos", y anota: la presencia de desprendimientos óseos en las partes blandas frente a la fractura anterior.

"Examinada la boca constatamos que el señor González usa actualmente una caja de dientes completa y que por lo tanto la mandíbula superior está completamente desprovista de piezas dentarias naturales. Como consecuencia de todas las lesiones descritas, el señor González presenta: una dificultad de respiración por la fosa nasal derecha debida a la desviación del tabique; una disminución de la agudeza auditiva debida igualmente a la desviación del tabique por obturación de la Trompa de Eustaquio. El olfato se encuentra notablemente perturbado hasta el punto de que el señor González no distingue ni los buenos ni los malos olores. Aclaramos que estos fenómenos son enteramente subjetivos sin que sea posible confirmarlos objetivamente. A causa de estas mismas lesiones el examinado acusa el hecho de que ronca fuertemente durante el sueño hasta despertarlo, cosa que no le sucedía antes de haber recibido el traumatismo.

"En cuanto a las funciones bucales el examinado manifiesta una absoluta imposibilidad de producir el silvo y una sensación de destemplamiento de los incisivos inferiores al tomar alimentos, líquidos o sólidos, ya sean éstos fríos o calientes.

"En la columna dorsal presenta un dolor a la palpación profunda pero no se aprecia lesión ósea. El señor González acusa un dolor en el mismo sitio a los esfuerzos y por tal motivo no puede hacer ejercicios que antes ejecutaba con facilidad, tales como levantar un fardo pesado. Lo anterior puede ser debido a lesiones sufridas en ligamentos y partes blandas que la radiografía no puede poner en evidencia.

"A la palpación se constata un dolor en la articulación esterno-costal de ambos lados correspondientes a las cuartas costillas, que lo atribuímos a la misma causa o sea a lesiones de las partes blandas periarticulares".

Finalmente el avalúo pecuniario de los perjuicios sufridos fue hecho por los mismos peritos médicos, quienes agregaron a la exposición antes transcrita:

"2) — Conceptuamos que el valor de los perjuicios materiales sufridos por el señor Miguel Angel González, teniendo en cuenta su calidad de agricultor, ganadero y comerciante, por una parte y las erogaciones por concepto de servicios médicos, drogas etc., por otra, es de cinco mil pesos moneda legal ($ 5.000).

"3) — El valor de los perjuicios morales sufridos por el mismo, dada su condición de soltero, su posición social, etc., es de siete mil pesos moneda legal ($ 7.000.00)".

En atención a que el señor Fiscal del Tribunal respectivo solicitó algunas explicaciones al concepto rendido por los expertos médicos, relacionados, de manera principal, con la fijación del valor de la indemnización por los perjuicios sufridos, presentaron aquéllos una muy extensa exposición, que corre de los fls. 43 a 49 del cuaderno de pruebas de la parte demandante en la primera instancia, exposición que es propiamente de carácter jurídico y que concluye así:

"Como resumen del dictamen y de las indemnizaciones que hemos conceptuado deben ser hechas al señor Miguel Angel González para repararle, a lo menos en parte, los perjuicios sufridos, presentamos a la consideración del Honorable Tribunal esta síntesis de lo expuesto en el cuerpo de este escrito:

'Valor de los daños corporales .....$	4.000.00
"Valor de los daños morales subjetivados, como lucro cesante sufrido por el demandante.	2.500.00
"Valor de los daños patrimoniales materiales.	1.000.00
"Valor de los daños morales subjetivos..	2.000.00
"Valor de los daños morales objetivados, como daño emergente sufrido por el demandante en sus tierras y propiedades agrícolas.	2.500.00
"Suman DOCE MIL PESOS M|Cte.	12.000.00"

En realidad de verdad, la Corte no puede acoger este dictamen jurídico-económico de los médicos que examinaron las heridas al señor González víctima del accidente del cual trata el juicio, por ser obvio no ser ellos los llamados a definir, al menos de manera exclusiva, los problemas que en su dictamen abordan y tratan de esclarecer y determinar y que son ajenos a su oficio.

En otros términos, no hay base suficiente en el proceso para hacer una condenación por una suma líquida de dinero, y de ahí que proceda en el presente fallo una condenación **in genere**, a fin de que, mediante el incidente de que trata el artículo 553 del Código Judicial, pueda llegarse a la liquidación del monto pecuniario de los perjuicios sufridos.

Se deja a salvo a este respecto lo referente a perjuicios morales subjetivos, por causa de las cicatrices visibles que le quedaron al herido, los cuales perjuicios y en armonía con lo preceptuado en el artículo 95 del Código Penal, se aprecian por la Corte en la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00), cantidad ésta que, reducida en un cincuenta por ciento (50 %), según lo que hubo de expresarse antes en el presente fallo, resulta ser en definitiva la de quinientos pesos ($ 500).

Para los efectos de la fijación del valor de los demás perjuicios sufridos por el demandante habrán de ser tenidas en cuenta las siguientes bases:

a) — Los gastos de curación del herido serán únicamente aquéllos cuyo valor, por razón de los desembolsos respectivos, estén comprobados en el expediente o cuya prueba se complemente, en debida forma, en el incidente de liquidación;

b) — Deben avaluarse, bajo la denominación general de perjuicios materiales, los relacionados con el lucro cesante sufrido por el herido en cuanto se le inhabilitó por varios días para su trabajo personal, o en cuanto perdiera de su primitiva capacidad productora en atención a su oficio propio y siempre que la existencia de tal pérdida quede en el proceso en definitiva suficientemente establecida.

c) — La condenación no podrá hacerse sino por el valor de la mitad de los perjuicios sufridos y que se comprueben según las bases anteriores y ya que expresamente se reconoce en el caso de este litigio la existencia de concurrencia de culpas.

En mérito de lo que se deja expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º) — Revócase la sentencia de fecha 30 de junio de 1944, dictada en el presente asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo;

2º Declárase que la Nación es civilmente responsable por el accidente sufrido por el demandante señor Miguel Angel González en las primeras horas de la noche del 12 de agosto de 1942 en la carretera Central del Norte, entre las poblaciones de Paipa y Duitama, del Departamento de Boyacá;

3º Condénase a la Nación a pagar al demandante señor Miguel Angel González, por razón de los perjuicios morales por él sufridos, y una vez ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) m|l.;

4º El monto del valor de los demás perjuicios que la Nación debe pagar al demandante y de acuerdo con la declaración tercera que precede; se hará según los trámites que detemina el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta las bases a), b) y c), consignadas en la parte motiva de este fallo.

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

Víctor Cock.—Belisario Agudelo.—Germán Alvarado.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

Se distinguen uniformemente tres hipótesis desde el punto de vista del ejercicio de la facultad de contratar que corresponde al Estado: Contratos en que no ha sido previamente autorizado por la ley, y que el Gobierno celebra en caso necesario para someter después a la consideración del Congreso. contratos que se forman sobre la base de una previa autorización y en cuya celebración el Gobierno obra ciñéndose estrictamente a las leyes respectivas; y contratos concluídos mediante una previa ley de autorizaciones, pero en cuya celebración no se han cumplido las formalidades prescritas por el Congreso, o se han incluído cláusulas que no se ajustan a la correspondiente autorización, las cuales deben también someterse a la ratificación del Parlamento.

No existiendo prueba que demuestre que el contrato fue sometido a las formalidades que debierón velar su nacimiento, queda éste en el terreno de un mero proyecto de convención, que no puede servir de base para una acción por incumplimiento de un contrato. En tal evento, la demanda no puede prosperar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:

Doctor Eleuterio Serna).

El 14 de febrero de 1924, el doctor Tomás Olano Riascos, en representación de su cónyuge y de la sociedad conyugal formada por ambos, demandó al Estado para que se declarase contra él la obligación de pagar una indemnización por perjuicios, provenientes de incumplimiento de un contrato de arrendamiento.

En el libelo citó como fundamentos jurídicos de sus pretensiones los artículos 1494, 1495, 1497, 1502, 1503, 1602, 1603 y concordantes del código civil.

La parte histórica de la demanda puede resumirse así:

1º El 10 de agosto de 1916, el padre de la señora Mercedes Barona, cónyuge del actor, celebró con el Gobierno Nacional, por intermedio del señor Gobernador del Valle, un contrato de arrendamiento de tres casas.

2º Tales inmuebles pertenecían a la sociedad conyugal, "constituída con mi mujer legítima", según afirmación del demandante.

3º El 31 de marzo de 1920 se renovó el contrato por un término de seis meses y al canon de $ 500.00 mensuales.

4º En 1921 solicitó el doctor Olano Riascos al Gobernador del Valle que se le pagara un canon de $ 700.00 mensuales o que se le entregaran las casas.

5º Como no fuera atendido continuó el doctor Olano insistiendo en la misma solicitud.

6º No quiso valerse del desahucio judicial por consideración con el Gobierno.

7º El pago del arrendamiento se le hacía siempre con retardo.

8º Las casas le fueron entregadas cuando uno de los ocupantes, el capitán Ruperto Victoria, fue declarado leproso.

9º Las desinfecciones y reparaciones que por este motivo tuvo que hacer, fueron costosas.

10º A no ser por el contagio no se habría visto en el caso de tan urgentes gastos.

11º La enfermedad del capitán y la demora en la entrega de los inmuebles, lo privaron de la renta de ellos por algún tiempo.

12º Dice haber cumplido todas sus obligaciones de arrendador.

13º El Gobierno estaba en mora cuando ocurrió el infortunio del capitán Victoria.

14º En este hecho transcribe algunas de las obligaciones que el Gobierno contrajo por medio del señor Gobernador del Valle.

15º El Gobierno no cumplió con las obligaciones contraídas.

16º Este incumplimiento le causó daño emergente y lucro cesante.

El señor Fiscal del Tribunal, al descorrer el traslado, se opuso a los hechos principales y al derecho invocado por el actor.

En sentencia de ocho de abril de 1938, el Tribunal de Cali, soltó la litis absolviendo, de todos los cargos formulados, a la Nación demandada.

Contra esta decisión se interpuso el recurso de alzada por la parte actora, y habiéndose ya ritualiza-

do la instancia con la plenitud de las formalidades propias, se procede a la prolación de la providencia de segundo grado, considerando:

Ante todo, la Sala encara la cuestión de la realidad o existencia del contrato, porque si aparece perfecto, no habría tenido competencia el Tribunal para conocer de la controversia, supuesto que aquél fue aprobado por el Presidente de la República y su respectivo Ministro, lo que determinaría la aplicación ineludible del artículo 40 del C. J. abolido, disposición concebida así: "La Corte Suprema conoce privativamente y en una sola instancia en los asuntos siguientes: ..... 8º De las controversias que se susciten sobre contratos o convenios que el Poder Ejecutivo Nacional haya celebrado con los extinguidos Estados o con los particulares, o de los que celebre con éstos"....."

El artículo 40 del código que hoy rige, amplió la extensión de la norma, al no referirse ya a los contratos celebrados con el Gobierno, o sea el Presidente de la República con el Ministro del ramo, sino a todos "los celebrados o que se celebre la Nación".

El fallador de la primera instancia estimó que no existía el contrato, es decir, que era apenas un proyecto en camino, por haberle faltado formalidades solemnes, como fluye de los siguientes apartes del proveído de la primera instancia:

"Sea lo primero advertir que el contrato de arrendamiento, base de la acción establecida, no se le sometió a lar formalidades exigidas en el artículo 37 del Código Fiscal, de consultarlo al Consejo de Estado, entidad a la cual le fueron encomendadas las funciones de Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, y las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, por el artículo 6º del Acto Reformatorio de la Constitución de 1914.

"De modo que no hay base de legalidad en ese contrato para que de allí se puedan derivar obligaciones; no pudiendo, en consecuencia, prosperar la demanda"

El contrato con la administración no es sólo prueba principal sino substancial, como quiera que, en casos como el sub-lite, no puede suplirse por otra.

La Sala de Negocios Generales había sentado esta doctrina:

"Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (artículo 1500 del C. C.)

"El contrato celebrado por N. con el Departamento..... estaba sujeto como ya se ha visto a la formalidad especial de la revisión del Tribunal, y como esta formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles. En otros términos, como el contrato no se celebró legalmente, porque le faltó el cumplimiento de una formalidad indispensable para su validez, no puede sostenerse que sea una ley para los contratantes".

Esta es una tesis de gran valor jurídico, porque el consentimiento de la administración es formal, es decir, está sujeto a normaciones trazadas por la ley para expresarse, para manifestarse.

Según el orden de los razonamientos anteriores, es forzoso examinar si el contrato, base de este juicio, se sujetó a las formalidades exigidas por la ley para su existencia.

El artículo 120, ordinal 14, de la Constitución dice: "Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ..... 14. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias".

Esta norma es la misma que ha existido desde la Constitución de 1886.

Conforme a tal mandato, el Jefe Supremo puede celebrar contratos para construcción de obras públicas decretadas por el Congreso y para prestación de servicios de acuerdo con las leyes fiscales, debiendo dar cuenta al Parlamento del uso de tales facultades. Son, pues, tres las condiciones requeridas por la transcrita norma:

1º Que los contratos tengan como objeto la ejecución de obras o la prestación de servicios; 2º Que se verifique de acuerdo con las leyes fiscales; y 3º Que se dé cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias.

Fuera de esta autorización general del código fundamental, rige el artículo 197 del código fiscal, en el cual se establecen los gastos relativos a servicios públicos.

Hay otras maneras de contratar, en virtud de atribuciones concedidas por leyes especiales, como lo ha prescrito la Constitución desde 1886 (artículo 76, ordinal 16 de la actual codificación constitucional).

Son de un importante estudio de los doctores Miranda y Lozano, cuando eran Consejeros de Estado, los siguientes apartes:

"Es por esto por lo que desde la expedición de la Carta de 1886, todos sus comentaristas e intérpretes, incluyendo entre ellos a don Miguel Antonio Caro y a don José Mª Samper, cuya alta autoridad todos reconocen, y al Consejo de Estado, cuyas decisiones constituyen la jurisprudencia administrativa, distinguen uniformemente tres hipótesis, desde el punto de

vista del ejercicio de la facultad de contratar que corresponde al Estado:

"Contratos en que no ha sido previamente autorizado por la ley, y que el Gobierno celebra en caso necesario para someter después a la consideración del Congreso.

"Contratos que se forman sobre la base de una previa autorización y en cuya celebración el Gobierno obra ciñéndose estrictamente a las leyes respectivas.

"Contratos concluídos mediante una previa ley de autorizaciones, pero en cuya celebración no se han cumplido las formalidades prescritas por el Congreso, o se han incluído cláusulas que no se ajustan a la correspondiente autorización, las cuales deben también someterse a la ratificación del Parlamento".

En el evento de este pleito, el contrato de arrendamiento fue para un servicio público o sea el alojamiento del ejército en la ciudad de Cali.

Estaba vigente en ese entonces el artículo 37 del Código Fiscal, cuyo tenor es el siguiente:

"Los contratos que celebre el Gobierno en virtud de autorizaciones legales, y cuyo valor exceda de dos mil pesos, deben remitirse, una vez obtenida la correspondiente aprobación ejecutiva, al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, para que éste decida si están o nó ajustados a tales autorizaciones".

Fue ésta una disposición muy acertada, pues como dijo uno de los abogados que colaboraron en la redacción de dicho código, "se hace así intervenir a un Tribunal responsable que debe dar un dictamen razonado, que agregado al del Consejo de Ministros, constituye una masa de opinión por extremo respetable".

A no existir la revisión del Consejo de Estado, se podrían presentar casos en que el Gobierno sostuviera tener facultades de contratar, y el Congreso le exigiera someter a su sanción los contratos. El dictamen del Consejo de Estado tiende a evitar estos conflictos.

Si el artículo 37 del código fiscal se interpretara restringidamente, podría decirse que sólo hacía referencia a aquellas autorizaciones dadas especialmente por la ley, pero sus términos amplios y el espíritu que lo informa, permiten extenderlo a todos aquellos casos en que el Ejecutivo obra por virtud de la facultad general de contratar para obras y servicios públicos.

Autorización legal es la que proviene de la ley ordinaria, como la que fluye del ordinal 14 del artículo 120 de la Ley de leyes.

De otro lado, así lo ha practicado con sólido fundamento el Consejo de Estado.

Dice también el artículo 35 del citado código fiscal, aplicable al arrendamiento de este pleito:

"Todo contrato celebrado en nombre del Estado debe publicarse en el Diario Oficial, dentro del término de sesenta días a contar de su aprobación definitiva.

"Si el valor del contrato excede de $ 1.000.00, el contratista no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a su favor sino después de verificada aquella publicación".

Y el artículo siguiente dispone que los contratos aprobados conforme a las finalidades dichas, son firmes, lo que vale decir, a contrario sensu, que si ellas faltan, aquellos no son firmes, no quedan perfeccionados.

Comentando tal disposición dice el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres:

"Leyes anteriores prescribían la publicación de los contratos administrativos en el Diario Oficial, pero habían omitido la necesaria sanción eficaz.

"El texto que comentamos dispone que si el valor del contrato excede de $ 1.000.00, el contratista no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a su favor sino después de verificada aquella publicación. De esa manera se pone el interés individual en favor del cumplimiento de la ley".

No aparece en el expediente prueba que demuestre que el contrato fue sometido a las formalidades anotadas.

Al contrario, en autos está la copia de la Resolución número 92 de 1937, emanada del Ministerio de Guerra "por la cual se declara que no hay lugar a reformar la marcada con el número 330 bis de 28 de agosto de 1935". En ella se encuentran estos párrafos, corroborativos de la tesis que la Sala sostiene:

"No está fuera de lugar examinar aquí si el contrato de 31 de marzo de 1920 se sometió a todas las formalidades que prescriben las leyes fiscales para esta clase de contratos.

"En 1920, año en que se celebró el contrato de arrendamiento entre la Nación y el doctor Tomás Olano Riascos, regía el 37 del Código Fiscal, que exigía la intervención del Consejo de Estado en el examen de aquellos contratos cuyo valor excediere de $ 2.000.00. El contrato en cuestión valía $ 3.000.00 moneda legal, o sea los seis meses a $ 500.00 por mes. Este contrato aparece aprobado por el Poder Ejecutivo, pero no fue revisado, como ha debido serlo, por el Consejo de Estado, por razón de su cuantía, según informe suministrado por el señor Secretario de aquella corporación en oficio número 4958 de 11 de noviembre de 1936. Según esto no hubo verdadero contrato. No alcanzó a formarse el vínculo contractual con

validez perfecta para engendrar derechos y obligaciones civiles, pues las formalidades del Código Fiscal son indispensables para obligar civilmente a la Nación. El contrato de arrendamiento, que de ordinario es consensual, se transforma en solemne cuando uno de los contratantes es la Nación, y el valor del contrato excede de cierta suma, pues en tales casos la ley fiscal exige para su validez el cumplimiento de determinadas solemnidades (Format dat. esse rei)".

En sentir de la Sala, no hay acción por incumplimiento de un contrato con la base de un mero proyecto de convención. En tal evento, no puede prosperar la demanda como lo estimó el Tribunal a-quo.

Así opina también el señor Procurador, cuando dice:

"Llama la Procuraduría la atención de esa Honorable Sala hacia la primera consideración del fallo recurrido, es decir, hacia el hecho de que el contrato de arrendamiento, base de la demanda, no se perfeccionó con el lleno de los requisitos legales. Esta observación es suficiente para denegar las pretensiones de la demanda. No existiendo jurídicamente el contrato, es inoficioso pedir indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de ese contrato inexistente".

El demandante dice en el libelo, después de citar el artículo 2356, inciso 1º del C. C.:

"De dos fuentes distintas emanan las prestaciones cuya efectividad demando de la Nación: de un contrato de arrendamiento, cuyas estipulaciones incumplió aquélla, en su calidad de arrendataria; y de un daño grave inferido a la propiedad, ya que, conforme a una definición muy sabia, ésta es "una extensió de la persona humana".

La Corte no entra, como lo hizo el fallador de pr mera instancia, a estudiar si se cumplió o no se cum plió el contrato, porque esa actitud sería contradict ria, ya que se ha dicho que colocado el sub-lite en es posición, la competencia era privativa de la Corte e una sola instancia.

En cuanto a una deprecación por daño en la pro piedad según la alusión del artículo 2356 del C. C en la parte petitoria de la demanda, ni en la histo rica se encuentran razones suficientes para pode apreciar que esa acción se haya deducido en juici Y si la demanda se puede interpretar con alguna am plitud, ésta no llega hasta el extremo de quebranta la siguiente norma procesal: "Las sentencias debe ser claras, precisas y en consonancia con la de manda y demás pretensiones oportunamente dedu cidas por las partes".

De otro lado, para la prosperidad de esa acción s necesitan condiciones cuya justificación no se ha da do en este juicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Nego cios Generales, administrando justicia en nombre d la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víc tor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.— Por el Secretario, **Jorge García Merlano,** Oficial Ma yor.

PENSION DE JUBILACION — PRIMA MOVIL

La prima móvil es una asignación adicional y transitoria que no hace parte del sueldo señalado por las leyes. Para la Sala es más acorde con los decretos y la ley que la crearon para los empleados judiciales, la consideración de que en la intención de estas disposiciones la prima no era un aumento de sueldo, sino una asignación móvil y transitoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:

Doctor Eleuterio Serna R.)

Con fundamento en las leyes 22 de 1942 y 6ª de 1945, artículo 73, el señor Carlos Cubides R. impetró del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa la tramitación prescrita en el primero de los citados estatutos, el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia, a cargo de la "Caja de Previsión Social del Organo Judicial, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público", que le corresponde, por reunir las exigencias determinadas en las mencionadas disposiciones.

En la documentación allegada, reliévanse los siguientes hechos:

Que el señor Cubides R. desempeñó por un lapso poco mayor de veintidós años los puestos allí determinados; que su conducta durante ese tiempo y en el desempeño de sus ocupaciones, fue plenamente satisfactoria; que su edad asciende a los sesenta años; y finalmente, que carece de medios para atender a su congrua subsistencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, hallando conformidad entre la narración que antecede y las condiciones requeridas por el artículo 2º de la ley 22 de 1942, decretó, en providencia de fecha cuatro de julio de 1945, una pensión mensual vitalicia de ciento veinte pesos ($ 120.00) a favor del señor Cubides R. y a cargo de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público.

Contra esta decisión, ambas partes interpusieron el recurso de alzada ante la Corte, donde se le imprimió al negocio la tramitación de rigor, y es llegado el momento de proferir el fallo correspondiente.

El señor Procurador, al descorrer el traslado que se le dio en cumplimiento del auto de fecha seis de agosto del año en curso, dijo lo siguiente:

"Encontró probado el Honorable Tribunal, y así lo halla también este Despacho, que el demandante trabajó por más de veinte años en la Honorable Corte Suprema de Justicia, según se comprueba con las copias expedidas por la Secretaría de esa Honorable Corte que obran en autos; que observó buena conducta, según las declaraciones del doctor José Miguel Arango y del doctor Emilio Prieto H.; que tenía más de sesenta años al presentar la demanda; y que carece de recursos para atender a su congrua subsistencia".

"Encuentra además este Despacho que, efectivamente, el mayor sueldo devengado por el demandante, por un año completo ha sido el de ciento veinte pesos, según el certificado visible al f. 9 del cuaderno principal y, por consiguiente, esa debe ser la cuantía de la pensión, conforme lo halló también demostrado el Honorable Tribunal en su sentencia".

"En vista de lo expuesto, este Despacho encuentra que la sentencia recurrida se halla conforme a la ley y a todo lo que aparece comprobado en los autos. Por tanto, pide que esa Honorable Corte confirme el fallo apelado".

La Sala considera:

En cuanto al punto principal, objeto de la controversia, el Tribunal lo enfocó en los siguientes términos:

"La cuantía de la pensión es la equivalente al mayor sueldo que hubiere devengado en el desempeño de su cargo en propiedad, durante un año por lo menos, según los términos del precitado artículo 73. Como la prima móvil no es parte del sueldo, toda vez que hubo necesidad de una ley que estabilizara el sueldo, incorporándola, esta prima no se puede computar como sueldo antes de dicha estabilización".

A este concepto adhiere el Procurador cuando manifiesta que "este argumento parece a este Despacho perfectamente convincente. Fue la ley la que incorporó al sueldo el valor de la prima móvil. Mientras tanto, la prima móvil no hacía parte del sueldo y habría podido quedar suprimida en cualquier tiempo".

El Presidente de la República, en uso de las facultades conferidas por el artículo 25 de la ley 45 de 1942, dictó, con fecha 22 de junio, el decreto número 1232 de 1943 "por el cual se establece una prima móvil sobre las asignaciones de los empleados nacionales", bajo los siguientes considerandos:

"1º Que el alza del costo de la vida hace necesario y urgente reajustar las asignaciones civiles de los empleados nacionales, para acomodarlas, en lo posible, a la elevación general de los precios;

"2º Que mientras no se reorganicen las distintas dependencias de la Administración Pública y no se dicten las medidas autorizadas por los artículos 12 y 13 de la ley 7ª de 1943, no es posible hacer una modificación definitiva de los sueldos de los empleados al servicio de la Nación;

"3º Que, en consecuencia, es preciso adoptar medidas provisionales para remediar el desequilibrio anotado entre los sueldos y el costo de la vida de los empleados;

"4º Que el Senado y la Cámara de Representantes expresaron el deseo de que las asignaciones de los empleados públicos se eleven de acuerdo con el mayor costo de las subsistencias,

"Decreta:

"Artículo 1º Establécese una prima sobre las asignaciones de los empleados al servicio de la Nación, variable según los índices del costo de la vida obrera en Bogotá, suministrados por la Contraloría General de la República.

"Artículo 2º La liquidación de la prima la hará trismestralmente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con base en el índice del mes de diciembre de 1941, o sea, 113,1 igualado a 100, y tomando proporcionalmente la diferencia de puntos entre el índice base y el del segundo mes del respectivo trimestre anterior.

"Artículo 3º Para los empleados de sueldo superior a ciento veinte pesos ($ 120.00), la prima se liquidará únicamente sobre los primeros ciento veinte pesos ($ 120.00).

"Artículo 4º Los sueldos mayores de seiscientos pesos ($ 600.00) no tendrán derecho a la prima móvil.

"Artículo 5º La prima se pagará por mensualidades vencidas y los empleados tendrán derecho a ella desde el 1º de julio de 1943".

Posteriormente vino el Decreto número 967 de 24 de abril de 1944, por el cual **estabilizó** la **prima móvil, en su carácter de prima,** en un 36 % de los sueldos. Más tarde, de manera más concluyente, se dictó el Decreto número 2776 del 29 de noviembre del mismo año, por el cual se **estabilizaron las asignaciones** del personal del "Organo Judicial, Tribunales Administrativos, Fiscalías de los Tribunales Superiores y Administrativos, Juzgados Superiores, Consejo de Estado". Con este decreto desapareció la prima móvil incorporándose al sueldo correspondiente.

Finalmente, apareció la ley 67 de 1944, diciembre 31, por la cual se aumentaron las asignaciones del Organo Judicial, del Contencioso Administrativo y del Ministerio Público. En el parágrafo correspondiente al artículo primero, se lee: "El aumento de las asignaciones decretadas en este artículo, no implica la supresión de la prima móvil".

De la transcrita disposición, surge un argumento de la distinción entre sueldo y prima, toda vez que el legislador quiso ampararla de erróneas interpretaciones. La única explicación del parágrafo copiado, se encuentra en las circunstancias que precedieron a la expedición del decreto y de la ley. Cuando ésta se encontraba en proyecto, la prima existía con sus naturales fluctuaciones y características, y el Gobierno, hallando patente la distinción entre prima y sueldo y queriendo favorecer a los empleados de las respectivas entidades, fusionó aquélla al sueldo.

Conforme a las consideraciones que el Presidente de la República tuvo en cuenta al crear la prima, ésta es una medida provisional, fluctuante y en armonía con el variable costo de la vida de los empleados y no una modificación definitiva de los sueldos.

Sólo por el Decreto Nº 2776 de 1944, "se estabilizaron las asignaciones del Organo Judicial, Tribunales Administrativos, Fiscalías de los Tribunales Superiores y Administrativos, Juzgados Superiores y Consejo de Estado", y para expedirlo, el Presidente de la República formuló al Consejo de Estado esta consulta:

"Puede el Gobierno, en ejercicio de la facultad que le otorgan los artículos 11 y 12 de la ley 7ª de 1943 y 11 de la ley 75 del mismo año, estabilizar los sueldos de Magistrados y Jueces, aumentando las asignaciones iniciales, pero disminuyendo una parte de la prima móvil a fin de que no figuren fracciones, o se opone a un reajuste de tal naturaleza la disposición contenida en el artículo 160 de la Constitución Nacional?"

Y aquella Honorable Corporación conceptuó así:

"..... El artículo 160 de la codificación constitucional establece que no podrán suprimirse ni disminuírse los sueldos de los Magistrados y Jueces, de manera que la supresión o disminución perjudique a los que estén ejerciendo dichos empleos.

"Esta disposición encaminada a mantener la independencia de los funcionarios encargados de administrar justicia, colocándolos en condiciones de ex-

cepción con respecto a los demás empleados, tiene por objeto impedir que mediante la supresión o disminución de sus asignaciones puedan ser objeto de indebidas coacciones.

"Pero en sentir de vuestra comisión, la prima móvil, establecida con carácter de emergencia, por razón del elevado costo de la vida, como lo indica su nombre, es una especie de bonificación o asignación adicional y transitoria que no hace parte del sueldo señalado por las leyes, que es el que no podría afectarse con una rebaja, prima que varía de acuerdo con las circunstancias, ya que su cuantía está regulada por el índice que va marcando en cada momento aquel costo, en relación con el sueldo fijo de cada empleado beneficiado con ella. Por este concepto la reducción de esa prima para estabilizarla — pues a ello equivale la fijación de un sueldo fijo que incluya parte de la cantidad que se ha venido reconociendo como prima móvil — no contraría la disposición del artículo 160 de la Constitución y, por tanto, el Gobierno puede tomar la medida a que se refiere la consulta".

Como se deduce de todo lo anterior, la estabilización del sueldo de los empleados judiciales se efectuó estimándose que éste se diferenciaba de la prima.

Para la Sala es más acorde con los decretos y la ley la consideración de que en la intención de éstos, la prima no era un aumento de sueldo, sino una asignación móvil y transitoria.

De consiguiente, procedió acertadamente el Tribunal a-quo, al no estimarla como parte del sueldo.

En cuanto a lo invocado subsidiariamente por el apoderado del señor Cubides y que tiene como respaldo los documentos producidos durante el término de fijación en lista y obrantes a fs. 6 y siguientes del cuaderno segundo, el artículo 502 del C. J. prescribe que en la tramitación en segunda instancia, no hay, por regla general, término probatorio. Con todo, tratándose de un asunto administrativo, como el presente, no es tan rigurosa la aplicación de la aludida norma procedimental, por lo cual la Sala opta por tener en cuenta el certificado que acompañó en el alegato de esta instancia y que dice así:

"Contraloría General de la República. — Archivo del Capitolio.

El suscrito Jefe del Archivo del Capitolio, en cumplimiento de lo ordenado en el auto anterior,

CERTIFICA:

"Que revisadas las cuentas del Poder Judicial, se encontró que el señor Carlos Cubides R., desempeñó el cargo de escribiente de la Corte Suprema de Justicia, del 1º de enero del año de 1929 hasta el 31 de diciembre del mismo año con un sueldo mensual de $ 131.30, y que recibió por este concepto durante el año antes citado la suma de $ 1.575.60".

"Bogotá, mayo 18 de 1945.

"Luis Alberto Aguilar, Jefe del Archivo del Capitolio".

Con el certificado transcrito, se cumple a cabalidad la exigencia requerida por el artículo 73 de la ley 6ª de 1945, que modifica el 1º de la ley 22 de 1942, cuando reconoce el derecho a una pensión mensual, para los funcionarios allí mencionados, "equivalente al mayor sueldo que hubieren devengado en el desempeño de su cargo en propiedad, durante un año, por lo menos".

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la providencia objeto del recurso, con la reforma de que la cuantía de la pensión que debe pagarse al señor Carlos Cubides R. desde el primero de mayo del año en curso, en adelante, es de ciento treinta y un pesos con treinta centavos m|l. ($ 131.30)..

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE PERJUICIOS POR CULPA EXTRACONTRACTUAL — CARGA DE LA PRUEBA

1. — La carga de la prueba corresponde, según la regulación establecida por el artículo 1757 del Código Civil, ya al actor o al reo según la posición que uno u otro asuman en el desarrollo del proceso: "incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta".

2. — Es sabido que en tratándose de culpa extracontractual el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos. Acreditado el daño resultaría excesiva la exigencia, además, de que éste sea posible científicamente, sobre todo cuando esta imposibilidad resulta de una afirmación presentada por el reo como un medio para eximirse de toda responsabilidad. Otra cosa sería si se tratase de un hecho físicamente imposible, pues entonces la prueba testimonial de que ocurrió sería inidónea y consiguientemente inadmisible en forma absoluta por el Juez de la causa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Ponente: doctor Ramón Miranda).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín presentó el señor Federico Vásquez Toro demanda ordinaria contra el Departamento de Antioquia pidiendo que se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera:** Que me debe el importe de los perjuicios que sufrí a consecuencia del incendio provocado por la locomotora número 16 en la tarde del día 29 de enero del año que cursa (1942), consistentes en la destrucción de seis (6) cuadras de yerbales de los potreros de la finca llamada "La Suiza" del municipio de Venecia, potreros "El Cabrero" y "El Naranjo"; la destrucción de seis (6) cuadras de alambrado en los cercos divisorios de estos potreros; de la demora en volver la yerba; del atraso de setenta novillos por falta de los pastos apropiados y debido al cambio de potrero, teniendo en cuenta el daño emergente y el lucro cesante;

"**Segunda:** Que está en la obligación de pagarme dentro de seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA PESOS ($ 360.00) en que estimo el perjuicio por el pasto quemado y el empleo del nuevo potrero para continuar la ceba de los novillos en número de setenta; a sesenta pesos ($ 60.00) las seis cuadras de pastos quemados y en subsidio la cantidad en dinero que fijen peritos nombrados en este juicio o en otro distinto;

"**Tercera:** Que está en la obligación de pagarme dentro de seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de SEISCIENTOS PESOS ($ 600.00) en que estimo las seis cuadras de alambradas destruídas por el incendio y en subsidio la cantidad que fijen los peritos en este juicio o en otro distinto;

"**Cuarta:** Que está en la obligación de pagarme, dentro de seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad que fijen peritos por el perjuicio sufrido por la demora de ocho meses para volver los pastos en esas cuadras de potrero quemado sea que se fije en este juicio o en otro distinto;

"**Quinta:** Que son de cargo de la empresa las costas del juicio".

Los hechos principales aducidos con motivo de la acción pueden resumirse de la manera siguiente:

1º — El demandante es dueño y poseedor de la finca denominada "La Suiza", situada en el municipio de Venecia, Departamento de Antioquia.

2º — En la finca mencionada el señor Vásquez Toro mantenía a la época de la demanda una extensión de terreno dedicada a la ceba de ganados.

3º — El día 29 de enero de 1942, se produjo un incendio en varias zonas del predio "La Suiza", en el trayecto comprendido entre los kilómetros 111 y 112 del Ferrocarril de Antioquia, sección del Cauca, ocasionando daños de consideración en los bienes del demandante, los cuales estima en una cantidad superior a MIL PESOS ($ 1.000.00).

Como fundamento de derecho invocó el actor los artículos 5º de la Ley 62 de 1887, 26 de la Ley 76 de 1920 y 2347 del Código Civil.

Por sentencia de fecha 21 de junio de 1944, el Tribunal del conocimiento condenó a la entidad demandada al pago de la suma de CUATROCIENTOS

VEINTIDOS PESOS ($ 422.00), declaró no probadas las excepciones propuestas por el representante del Departamento y negó las demás peticiones formuladas por el actor. Contra la anterior decisión se interpuso apelación para ante la Corte, tanto por el señor Fiscal del Tribunal como por el demandante.

El negocio tuvo en esta superioridad el trámite de rigor, por lo que va a decidirse en última instancia, de acuerdo con las consideraciones que al efecto se hacen.

Estimó el Tribunal que el hecho generador del daño y de la consiguiente obligación de repararlo por parte del Departamento de Antioquia está legalmente acreditado en el juicio, y sobre el particular se expresa así el fallo de primer grado:

"El Tribunal considera que en el presente caso concurren varios indicios de vehemencia bastante para probar plenamente que el incendio tuvo por causa próxima el fuego de la locomotora número 16; porque lo vio uno de los testigos cuando principió el incendio; porque éste se produjo inmediatamente que pasó el tren por un lugar donde no hay tránsito de particulares, o no debe haberlo según los términos del aparte F) de la escritura número 1786 acompañada como prueba; por haber principiado el incendio dentro de la faja misma de la línea férrea cubierta de yerba seca y haber dejado huella de que avanzó hasta los potreros colindantes".

En efecto, los testigos Bernardo Antonio y Argemiro Montoya, Ernesto Rico y Apolinar Martínez declararon que a la hora del incendio estaban presentes en la hacienda "La Suiza", y por tal motivo les consta que los potreros denominados "El Naranjo" y "El Cabrero" fueron destruídos en parte por el incendio causado por el paso de la locomotora número 16 del Ferrocarril de Antioquia; y que los alambres y estacones de dichos potreros sufrieron una destrucción en cinco a seis cuadras y el pasto en una seis (6) cuadras. La extensión del daño la afirman porque aunque no midieron el alambrado y el terreno incendiado tienen conocimiento directo de ello como trabajadores de la finca en cuestión durante un tiempo considerable. Argemiro Montoya dice: "afirmo que antes de pasar la máquina no había incendio y que éste se produjo inmediatamente después de ésta pasar"; por su parte Bernardo Antonio Montoya, expresa sobre el mismo hecho: "esto lo aseguro porque antes de pasar la máquina dicha no había incendio y éste se presentó inmediatamente de ésta pasar; y Ernesto Rico: "este incendio se presentó inmediatamente después de haber pasado dicha máquina".

Todos los testimonios referidos concuerdan, pues, en que el incendio se presentó inmediatamente después de haber pasado la locomotora número 16, como a las cuatro (4) de la tarde del veintinueve (29) de enero de 1942; e igualmente hay conformidad entre ellos respecto al hecho de que era época de fuerte verano, por lo cual las plantaciones a orillas de la faja de la vía férrea estaban convertidas en verdadero combustible, y que el siniestro se produjo como consecuencia de las lenguas de fuego que la locomotora arrojaba a su paso.

También el Tribunal tuvo en cuenta el gráfico del recorrido que hizo el tren conducido por la locomotora número 16, documento suministrado por el Ferrocarril de Antioquia, y en el cual se muestra que a la hora del incendio debió pasar el tren en cuestión por el lugar donde aquél se produjo.

El Tribunal llegó a formar su convicción no mediante la aceptación de la prueba testimonial, producida por las personas que en el juicio depusieron, dando para ello la razón de que Apolinar Martínez no se ratificó en su declaración durante el término probatorio y la de que, además, los declarantes Ernesto Rico y Bernardo Antonio Montoya trabajaban en la hacienda "La Suiza" cuando intervinieron en este proceso en su calidad de testigos presentados por el demandante, de donde resulta que sólo Argemiro Montoya aparece como testificante absolutamente imparcial. Pero hay que advertir — conforme lo hizo constar el Tribunal — que tales testimonios sólo se apreciaron para conformar con ellos la prueba indiciaria que lo llevó a concluír que el accidente por el cual se reclama en el juicio se ocasionó por el paso de la locomotora en el trayecto en donde están situadas las propiedades del demandante.

La Corte se anticipa a observar que en la época en que Argemiro Montoya rindió su primera declaración — según aparece la misma — trabajaba en la finca del actor Federico Vásquez; y que su ratificación posterior está, por consiguiente, vinculada a su primera exposición, por lo que no es posible considerarlo, como afirma el Tribunal, como "testigo absolutamente imparcial". Sobre el mérito que las declaraciones así presentadas tienen conforme a los principios de la ciencia probatoria y de las reglas positivas que a esta materia se refieren, la Corte hace presente que el artículo 673 del Código Judicial enseña que tratándose de tachas provenientes de parcialidad es necesario que se aleguen por el litigante contra el cual se presume que el testigo tiene interés en declarar. De donde resulta que no apareciendo en autos observación ninguna de parte de la entidad demandada, no es posible desestimar las declaraciones traídas al proceso por el actor, aunque quienes las rindieron hubieran sido en alguna época empleados,

o trabajadores al servicio de una de las partes en el juicio.

En su defensa de los intereses del Departamento demandado, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Medellín hace las siguientes alegaciones: "El hecho fundamental de la demanda es que la mayor parte de los potreros "El Naranjo" y "El Cabrero" de la finca del actor "fue destruída por el incendio que provocó la locomotora número 16 el 29 de enero de 1942" (hecho segundo de la demanda), y que por cuanto en aquella época que fue de fuerte verano, el Ferrocarril debió poner mucha diligencia y cuidado "para evitar incendios con las chispas que despide la locomotora (se refiere a la número 16), aun cuando el combustible sea de aceite (hecho octavo). Sintéticamente: el incendio fue causado por chispas arrojadas por una locomotora cuyo combustible es de aceite. Esto afirma el actor. La locomotora número 16 que corría el tren el 29 de enero de 1942 estaba accionada con aceite (fuel oil), y el mismo combustible usaron las máquinas del ferrocarril que en aquel día pasaron por la región en donde se dice ocurrido el incendio, como aparece del documento auténtico expedido por el señor Jefe de Expedición y Transportes del Ferrocarril (artículo 632 del Código Judicial). Esto está ratificado por los declarantes presentados por el actor especialmente con referencia a la locomotora número 16 que se señala como causante del incendio".

Agrega que cuando el demandante afirma que la locomotora despide chispas, aun cuando el combustible sea de aceite, está afirmando algo que no es científicamente cierto; y que, por consiguiente, las probanzas traídas a los autos para demostrar que las máquinas operadas con este combustible, si no arrojan chispas, sí despiden llamas susceptibles de causar incendios, no pueden ser tenidas en cuenta. Concluye así: "En el plenario pretendió demostrar que fueron llamas (cosa muy distinta de chispas) las causantes del incendio. Es decir, una situación diferente de la que planteó en la demanda". En apoyo de su tesis el Fiscal invoca la siguiente jurisprudencia de la Corte:

"Consignada en la demanda una situación de hecho por el actor, no puede el Juez aceptar que tome después, en la secuela del juicio, una posición jurídica distinta de la iniciada. Ante la situación de hecho formulada en la demanda, si en el curso del juicio se demuestra una **causa petendi** o hecho jurídico no expuesto en el libelo o diverso del consignado, la parte no puede pretender que el fallador funde su sentencia en el último y no en el planteado en los cargos".

Es evidente que en su libelo de demanda — conforme aparece del hecho octavo (8º) — el actor se expresó literalmente así: "En la época del incendio, veintinueve (29) de enero del año que cursa—estaba haciendo un verano sumamente fuerte y por lo mismo era indispensable poner mucha diligencia y cuidado para evitar incendios con las chispas que despide la locomotora y aun cuando el combustible sea de aceite. Esta diligencia y cuidado faltó en esta ocasión del incendio". Y también resulta evidente que los testigos que en el proceso depusieron atribuyen la causa del accidente a las "lenguas de fuego" que arrojaba la locomotora en marcha.

Esta falta de concordancia entre la expresión usada en el escrito de demanda y la empleada por los testificantes en el juicio no comporta necesariamente las consecuencias que el representante del Departamento de Antioquia pretende. La **causa petendi** — la razón o causa que se tiene para demandar — se integra por el conjunto de los hechos sustanciales propuestos, los cuales deben aparecer debidamente acreditados en el debate judicial para que la acción prospere. Pero esto es naturalmente distinto de exigir que haya una correspondencia perfecta e inalterable entre las palabras con que demandante y testigos se refieren a unos mismos hechos, o los califiquen y distingan. Sería un rigor excesivo que haría imposible el reconocimiento de los derechos que la ley sustantiva otorga. Por lo demás, la discrepancia que el procurador de la entidad demandada presenta se contrae a un hecho accidestal que en nada altera la relación que debe existir entre las exigencias del demandante y las demostraciones resultantes del proceso. La causa invocada para exigir la reparación del daño es la del incendio ocasionado por una locomotora del Ferrocarril de Antioquia, y es éste el hecho que debe aparecer acreditado. La cuestión de saber si se trata de una chispa, una llama u otro cuerpo inflamado es apenas circunstancial, que en nada puede modificar la situación de las partes ni, por sí sólo, influír en la decisión, ya que para los efectos de ésta basta con que resulte comprobado que aquel cuerpo — cualquiera que sea su denominación es el lenguaje técnico — surgió de la máquina y produjo el daño. La causa en el caso presente es una misma: el incendio producido por la máquina; y es, por tanto, el hecho fundamental de la acción que, de comprobarse debidamente por los medios establecidos en la ley, determina las consecuencias jurídicas que ésta ha previsto.

Por otro aspecto presenta el señor Procurador Delegado en lo Civil el mismo tema. En efecto, en su vista para esta segunda instancia argumenta en la siguiente forma: "Es, pues, evidente, que el incen-

dlio se produjo. Pero la empresa del Ferrocarril ha afirmado, desde el primer momento (véase f. 5, cuaderno número 2) que la máquina número 16 no pudo causar tal incendio por quemar "fuel oil". Añade el Agente del Ministerio Público que el Tribunal estimó que, de acuerdo con los testimonios a que atrás se aludió, no se desprende que sea científicamente imposible que por el hecho de quemar "fuel oil", una locomotora no pueda ocasionar incendios, pero que tal tesis no resulta valedera porque para establecer este hecho se habría necesitado de un dictamen pericial, rendido por verdaderos técnicos en la materia, dictamen que no fue practicado en el juicio. Concluye así este capítulo de su alegato:

"La carga de la prueba del accidente, y de que éste se produjo por la locomotora número 16, recaía, por entero, sobre la parte demandante. Esta parte estaba en la obligación de probar no sólo la existencia del incendio sino que el incendio se originó al pasar la locomotora; para lo cual era indispensable que hubiera establecido plenamente que la locomotora era, efectivamente, capaz de originar incendios. Esta cuestión científica no podía establecerse mediante prueba testimonial".

Sobre el particular la Corte considera:

Al folio 5 del cuaderno número 2 aparece un oficio suscrito por el Secretario de la Junta y Superintendencia del Ferrocarril de Antioquia, dirigido al señor Federico Vásquez Toro, en la cual se lee:

"Me permito transcribir a usted el siguiente informe presentado por la Comisión de Perjuicios de esta Empresa, y aprobado por la Honorable Junta de la misma en su sesión correspondiente al día 7 del presente:

"Dígase al señor Federico Vásquez Toro, en respuesta a su reclamo para que el Ferrocarril le reconozca los perjuicios que dice haber sufrido por el incendio causado en su finca "La Suiza" el día 29 de enero último, que la Empresa no está obligada legalmente al reconocimiento de dichos perjuicios porque está en condiciones de acreditar que ese incendio no ocurrió por hecho alguno que le sea imputable".

Como se ve, la empresa del Ferrocarril apenas se limitó a afirmar que el incendio no ocurrió por hecho alguno imputable a la misma, lo que estaba en condiciones de demostrar, y no demostró.

En su contestación al hecho séptimo de la demanda dijo así el Fiscal del Tribunal: "Si este hecho se refiere a la máquina de propiedad del Ferrocarril de Antioquia marcada con el número 16, no pudo ésta causar el incendio a que se refiere, pues dicha máquina es accionada con combustible fuel oil, que no arroja chispas y por consiguiente está en imposibilidad física de causar incendios por los lugares que recorre. No le doy mi asentimiento a este hecho".

Las anteriores trancripciones constituyen los únicos medios de defensa invocados por el reo, que de acuerdo con el sistema probatorio legal le correspondía demostrar plenamente durante la actuación procesal.

Sostiene el señor Procurador Delegado que al demandante le tocaba acreditar no solamente que la máquina en cuestión produjo el incedio, sino que era capaz de producirlo, cuestión científica que no podía establecerse mediante testimonio. Para la Corte no es esto así. La carga de la prueba corresponde, de acuerdo con la regulación establecida en el artículo 1757 del Código Civil, ya al actor o al reo según la posición que uno u otro asuman en el desarrollo del proceso: "incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta".

En el caso **sub lite** el demandado alegó un hecho negativo susceptible de demostración, y por esto su negativa no lo dispensa de acreditarla, puesto que la probanza podía hacerse mediante la presentación de hechos positivos y particularmente por el empleo de un dictamen pericial en que se demostrara que científicamente una locomotora accionada por **fuel oil** no podía ocasionar siniestros de la naturaleza del que aquí se imputa a la Empresa demandada. Al actor sólo incumbía dar la prueba de que el hecho se produjo realmente y esto lo consiguió por el testimonio de las personas que lo presenciaron y por las inducciones que tuvieron su fuente en el indicio apreciado por el Tribunal. Para destruír o alterar esta posición procesal del demandante, no podía bastar la simple afirmación del reo en cuanto a la imposibilidad de que la especie del combustible empleado o la estructura mecánica de la locomotora hiciera imposible la producción del fuego. Esta actividad pasiva por su parte le acarrea las consecuencias de derecho señaladas en la ley, de acuerdo con los principios que rigen la carga de la prueba en la actuación judicial. Por lo demás, es sabido que en tratándose de culpa extra-contractual el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos. Acreditado el daño resultaría excesiva la exigencia, además, de que esto sea posible científicamente sobre todo cuando esta imposibilidad apenas resulta de una afirmación presentada por el reo como un medio para eximirse de toda responsabilidad. Otra cosa sería si se tratara de un hecho físicamente imposible, pues entonces la prueba tes-

timonial de que ocurrió sería inidónea y consiguientemente inadmisible en forma absoluta por el Juez de la causa.

En conclusión, la Sala sólo tiene en cuenta para desatar el problema sometido a su estudio, en este extremo de la demanda que las locomotoras son accionadas mediante la combustión de ciertos cuerpos; que el fuego que por este medio se genera puede ordinariamente incendiar otras materias con las cuales se ponga en contacto; y que, si técnicamente el empleo del **fuel oil** o de dispositivos especiales en las máquinas del Ferrocarril de Antioquia impiden la propagación del fuego al exterior de aquéllas, es el caso de una circunstancia especial que la Corte no puede afirmar ni negar por carencia en el proceso de la prueba técnica correspondiente que — se repite — debió allegarse por parte de quien alegó en el juicio este hecho de naturaleza exceptiva.

Tampoco es obligatorio para el demandante la prueba de la culpa en el presente juicio, ya que por tratarse de una actividad peligrosa, está dispensado de hacerlo y amparado por la presunción del artículo 2356 del Código Civil, conforme a jurisprudencia reiterada de esta Corte. Para la Sala, pues, la decisión del inferior en cuanto imputa al demandado el daño causado al señor Vásquez Toro en su propiedad e impone a aquél la obligación de repararlo, no puede ser objeto de modificación alguna, de acuerdo con las consideraciones que acaban de hacerse.

La sentencia de primera instancia condenó al Departamento de Antioquia al pago de $ 422.00, a favor del demandante señor Federico Vásquez Toro.

Obra en autos un peritazgo destinado a fijar la cuantía de los perjuicios reclamados por el actor, que el Tribunal acoge sólo en parte. A este respecto dice la sentencia apelada:

"El Tribunal acepta que la cuadra de alambrado vale $ 70.00, como lo dicen los peritos, ya que el dictamen no ha sido contradicho y que los mismos trabajadores de la finca hacen subir a $ 100.00 ese valor. Pero como no se midió la extensión del cerco destruído y como el actor en el hecho 3º de la demanda estima que esa longitud es de cinco a seis cuadras y con esa misma incertidumbre declaran los testigos, el cálculo para la indemnización es de cinco cuadras, resolviendo la duda en favor del demandado (artículo 234 del Código Judicial)".

El Tribunal considera justa la estimación hecha por los peritos de $ 12.00 por cuadra como valor del pasto para novillos de ceba, es decir que la yerba quemada vale $ 72.00.

En relación con el lucro cesante el Tribunal estima que no hay lugar para hacer esta condenación, pues "el atraso o retardo en la ceba de ellos — los novillos — se debe exclusivamente a la desaparición de la yerba en esas seis cuadras, máxime si se tiene en cuenta que se estaba en una época de riguroso verano y que no hay prueba de que el atraso de los novillos se hubiera debido únicamente al incendio, ni halla justo hacer pagar la yerba destruída y a la vez el beneficio que esa yerba permite obtener mediante el pastaje normal del ganado, porque parece evidente que no es posible vender la yerba y a la vez hacer pastar allí el ganado de manera benéfica, porque en la venta o precio de una cosa, o en el pago que de ellas se ordena, están comprendidos tanto el lucro cesante como el perjuicio de la privación de esa cosa.

En su escrito de segunda instancia el demandante solicita que se reforme la sentencia apelada en el sentido de que se haga la condenación por el valor que inicialmente fijaron los peritos; y en apoyo de esto el actor reproduce el artículo 721 del Código Judicial que dice que "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba".

Al respecto observa el señor Procurador:

"El dictamen sobre estimación de perjuicios no requiere, sólo, como lo da a entender el Tribunal, para ser aceptado, que no haya sido contradicho. El dictamen, en tal caso, según el artículo 721 del Código Judicial debe ser uniforme, explicado y debidamente fundamentado. Basta leer el dictamen rendido en este juicio para comprobar que no está ni explicado ni debidamente fundamentado. Para que tuviera valor sobre este punto se requeriría que los peritos hubiesen hecho detalladas explicaciones sobre el valor del alambre, las grapas, los jornales y demás bases que tuvieran para fijar el monto del perjuicio.

Además, el Tribunal respalda el dictamen pericial en la estimación que hacen los testigos sobre que el valor del alambrado de cada cuadra llega a cien pesos. Muchas veces esa Honorable Corte ha dejado establecido que los testigos sólo pueden declarar sobre hechos percibidos directamente por ellos, pero que no pueden hacer estimaciones en dinero ni fijar pericialmente ningún punto, pues esto sale de sus atribuciones. El respaldo de los testigos, según lo hace el Tribunal, no tiene, pues, valor de ninguna clase.

Pero lo más grave, en lo que se refiere al monto de los perjuicios, es que, según lo expresa el Tribunal, durante el juicio "no se midió la extensión del cerco destruído", y la misma vaguedad de la demanda se observa en las declaraciones de los testigos. Cree este despacho que el demandante tiene que fijar en

su demanda, exactamente, los hechos en que la funda y, por tanto, en este caso ha debido fijar precisamente la extensión de la alambrada destruída, pues de lo contrario ese punto no habría sido debatido ni quedaría sometido a decisión judicial. El demandante tiene que probar no sólo el perjuicio sino el monto del mismo y, por eso, toda vaguedad e imprecisión es imposible para que prospere la acción. No estando establecido, como no lo está, cuál fue en realidad la extensión perjudicada con el incendio, parece que toda condena numérica por ese perjuicio sea perfectamente arbitraria".

En realidad no hay razón, en casos como el presente para que la determinación de los perjuicios se vea sujeta a simples conjeturas y presunciones. El peritazgo ha debido ser la clave para hacer esta regulación, pero ello no es posible por la falta absoluta de explicación y fundamentación de que adolece el dictamen. La sola lectura de este libelo, en que se solicita la práctica de la experticia, da la impresión de que se está en presencia de un memorial sobre absolución de posiciones y no de un escrito de tanta importancia como debe ser el referente a un peritazgo, y lo mismo ocurre con la diligencia que contiene el avalúo. En efecto, no basta como dicen los peritos, aseverar que "el valor de una cuadra de alambrado es de $ 70.00" fundando este concepto en que el costo de alambre, estacones, grapas y jornales es el denunciado por ellos. Con la misma lógica podrían decir y con idénticas explicaciones habrían podido señalar una cifra distinta como justiprecio arbitrario de los elementos sometidos a su dictamen.

Por estos motivos la Corte no encuentra bases suficientes para fijar concretamente la cuantía de los perjuicios reclamados, ya que el peritazgo adolece de las deficiencias anteriormente anotadas, por lo cual la Sala opta por el criterio de pronunciarse por la condenación **in genere**, a fin de que la regulación se haga mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial y con base en un nuevo dictamen pericial que se ajuste a los datos existentes en los autos. Dentro de los perjuicios no deberán quedar comprendidos los que el actor reclama como provenientes del retardo en la ceba de setenta (70) novillos, ya que sobre este extremo la Corte acoge lo resuelto por el sentenciador de primer grado.

El **quantum** de los perjuicios reconocidos en este fallo se fijará con fundamento en las siguientes bases:

a) El valor, en la época del siniestro, de los pastos incendiados; y

b) El valor de las cercas destruídas.

En la determinación del punto a) deberá tenerse en cuenta no sólo el precio del pasto en sí, sino también los gastos que el actor haya debido hacer para poner sus potreros en las mismas condiciones en que se encontraban antes del accidente.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **reforma** la sentencia de primera instancia y en su lugar resuelve:

1º El Departamento de Antioquia es responsable de los perjuicios ocasionados al señor Federico Vásquez Toro, con motivo del incendio que produjo la locomotora número 16 del Ferrocarril de Antioquia en la finca "La Suiza", de propiedad del demandante el día 29 de enero de 1942.

2º La cuantía de los perjuicios se determinará mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

(Fdos.)

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna. —

INCIDENTE DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Las disposiciones de la ley 38 de 1918 atribuyeron al Consejo de Estado la competencia para conocer de las causas sobre expropiaciones y daños de la propiedad de los particulares, causados por órdenes o providencias de las autoridades administrativas nacionales en los casos previstos en esa ley; y el actual Código prescribe igual regla de competencia, siempre que por causa de trabajos públicos de la administración se ocupe o dañe la propiedad particular. Tratándose de cobrar una indemnización del Estado por haberse ocupado con motivo de la realización de trabajos públicos de carácter nacional un inmueble del cual una persona privada se dice dueño, la competencia corresponde al Consejo de Estado. Otra cosa sería si el predio ocupado hubiera sido objeto de un juicio de expropiación, porque entonces la acción para el pago caería bajo la competencia de los jueces comunes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Ramón Miranda)

Con fecha siete de febrero del año en curso, la señora María Gómez v. de Cortés promovió juicio ordinario contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, la cual fue presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La actora apoya su demanda en los siguientes hechos:

..."**Tercero.** Dentro de los lotes determinados por sus linderos en el punto primero de este escrito, ese H. Tribunal decretó expropiación a favor del Ferrocarril del Norte, de una zona de terreno tomada de los de propiedad de Lucio Cortés, según resulta de la sentencia de veinte (20) de febrero de mil novecientos veinticinco (1925), en extensión de una hectárea con dos mil setecientos ochenta metros cuadrados (1 h. 2.780 m²) y ancho de veinticinco metros (25 m.) cuyo punto de partida se fijó en la abscisa K. 82.148,70 de la construcción del Ferrocarril del Norte, pero en realidad de conformidad con los planos y con lo ocurrido entonces, ocupó y tiene ocupado en la actualidad terreno dentro de los lotes ya deslindados, cuyas especificaciones se dan a continuación....."

"**Cuarto.** Los agentes del Gobierno Nacional que adelantaban por cuenta de éste la construcción del Ferrocarril del Norte, ocuparon las porciones de terreno especificadas en el hecho anterior, sin que hubiera procedido el pago del precio o valor de lo expropiado y sin que mediara la respectiva entrega judicial de conformidad con las leyes vigentes en aquella época, sobre expropiaciones para ferrocarriles, y sin que se hubiera hecho pago en forma alguna de las porciones relacionadas y ocupadas de facto" (sic);

"**Quinto.** El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, previa comprobación de los hechos anteriormente enumerados, reconoció y pagó a favor de mi finado esposo Nicolás Cortés la primera de las porciones determinadas en el hecho tercero, esto es la comprendida entre la abscisa K. 82.332,40 a la abscisa K. 82.890 del kilometraje de la vía, dentro del lote de "El Brazuelo", todo lo cual aparece consignado en la escritura pública número 2436 de 17 de agosto de 1936, pasada por el Notario Segundo de Bogotá";

"**Sexto.** Con posterioridad a lo que dejo relacionado en el hecho precedente, mi esposo Nicolás Cortés, continuó adelantando varias gestiones ante el Consejo Administrativo de Ferrocarriles y el Ministerio de Obras Públicas, a fin de llegar a un acuerdo amigable sobre reconocimiento y pago del precio o valor de las porciones de terreno ocupadas y no pagadas, sin haber conseguido hasta la fecha de su fallecimiento resultado práctico alguno";

"**Séptimo.** En la actualidad los terrenos ocupados por el Ferrocarril Central del Norte, Sección Segunda, son los comprendidos entre la abscisa K. 83.300 a la abscisa K. 83.980 dentro del globo denominado "Tres Forgones", y la localizada entre la abscisa K. 84.070 a la abscisa K. 84.920, dentro del lote de terreno llamado "La Laguneta",

ambas con una cabida total de tres hectáreas, con ocho mil seiscientos cincuenta metros cuadrados (3 h. 8.650 m²), cuyo valor o precio, no fue pagado al finado esposo Nicolás Cortés antes de su muerte, así como tampoco a la sociedad conyugal ilíquida que represento y para la cual demando dicho precio o valor y los intereses legales si fuere el caso, así como también las demás prestaciones legales correspondientes..."

En la demanda pidió que en favor de la sociedad ilíquida Cortés Gómez, que la actora representa, se condenara a la Nación al pago de las dos porciones de terreno determinadas en el hecho séptimo (7º); a cubrir los intereses legales que correspondan, y a construír y conservar las cercas que separen las porciones de terreno a que la demanda se refiere de los predios colindantes.

El Tribunal del conocimiento admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales. Antes de contestarla el señor representante de los intereses de la Nación propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, apoyando su petición en los siguientes términos: "Tiende pues, esta demanda, a obtener de la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, el pago de una indemnización por causa de "trabajos públicos nacionales", consistentes dichos trabajos en la construcción del Ferrocarril del Norte, estando incluída en ella el pago de las "fajas de terreno respecto de las cuales no hay una sentencia que fije el precio de la indemnización". Y, en tratándose dé una acción como la incoada por la señora Gómez v. de Cortés, no es competente para conocer de ella la justicia ordinaria, y en el caso concreto ese H. Tribunal, por no tratarse de una querella en que se ventilen cuestiones de dominio sobre inmuebles, para decidir en definitiva a cuál de los querellantes corresponde la pertenencia o propiedad. Simplemente, y como lo pide la actora, se trata de obtener el pago de unas zonas de terreno ocupadas por el Ferrocarril, en otras palabras, de la indemnización por dicha ocupación".

"En efecto —agrega el apoderado de los Ferrocarriles— la ley 38 de 1918, invocada por la demandante, establece en sus artículos 1º y 2º lo siguiente: Artículo 1º De las expropiaciones, así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación, cuando haya redundado en provecho suyo". "Artículo 2º El Consejo de Estado conocerá de las reclamaciones que se intenten contra la Nación por los hechos de que trata el artículo anterior".

"Y no puede decirse que la Ley 167 de 1941 que organizó la jurisdicción contencioso-administrativa, hubiera derogado las disposiciones transcritas, especialmente, el artículo 2º; antes bien, reafirmó este precepto, al decir en sus artículos 34, numeral 2º, y 261: "Artículo 34. Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios: .....2º De las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales". Artículo 261: "Las indemnizaciones que se reclaman del Estado con causa en trabajos públicos nacionales, se deciden en una sola instancia por el Consejo de Estado, cualquiera que sea el valor de lo reclamado".

El Tribunal de origen, por medio de providencia de trece de abril de este año, declaró no probada la excepción propuesta. De este auto solicitó reposición el procurador de la entidad demandada y en subsidio interpuso apelación para ante la Corte.

Surtido el primero de los recursos, el Tribunal sostuvo sus puntos de vista y concedió, en consecuencia, la apelación solicitada.

Para resolver lo que fuere de derecho, la Sala considera:

El Tribunal del conocimiento rechaza la excepción propuesta porque, de acuerdo con la Ley 38 de 1918, al Consejo de Estado le corresponde conocer de las reclamaciones que se intenten contra la Nación por los hechos de que trata el artículo primero, que dice: "De las expropiaciones, así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución Nacional, será responsable la Nación cuando haya redundado en provecho suyo".

Y sostiene la parte excepcionante que como la demanda de la señora María Gómez v. de Cortés, se encamina a obtener el pago de las zonas ocupadas por el Ferrocarril Central del Norte, determinadas en el hecho séptimo del libelo, de su reclamación es competente el Consejo de Estado, y no este Tribunal.

Ocurre sin embargo, como lo alega la parte demandante, que esta acción no proviene de orden o providencia alguna administrativa nacional, que

es el caso que contempla la citada ley, sino que se trata de pedir y obtener el reconocimiento y pago de las zonas de tierras ocupadas por el Ferrocarril en virtud de una sentencia judicial que decretó la expropiación de ellas, pero que aún no han sido pagadas, es decir, no ha sido cubierto su valor, y por éste se ha promovido la acción ordinaria.

Como se ve, no está ciertamente la acción de la señora Gómez, gobernada por la disposición especial de la ley 38 de 1918, citada, que contempla, como se ha visto, el caso de expropiaciones y daños en propiedades ajenas ejecutados por órdenes o providencias administrativas nacionales, porque, se repite, lo que ella demanda es el pago de las zonas ocupadas por el Ferrocarril, como consecuencia de una sentencia judicial, y no de una orden administrativa".

De los hechos de la demanda y del auto mismo reclamado, se deduce que por medio de una providencia judicial se decretó la expropiación de una faja de terreno perteneciente al señor Lucio Cortés —hecho tercero— y a favor del Ferrocarril del Norte, cuya extensión y ubicación se determinan en la sentencia referida, de fecha veinte de febrero de mil novecientos veinticinco (folio 10 del cuaderno principal).

La demandante afirma que conforme se expresa en la escritura número 2436 de 17 de agosto de 1936 del Notario Segundo del Circuito de Bogotá, la Nación cubrió el valor de la zona objeto de la expropiación. Mas en la parte final del mismo hecho tercero expresa que el Ferrocarril "ocupó y tiene ocupado en la actualidad terreno dentro de los lotes ya deslindados" en una extensión de cinco hectáreas dos mil seiscientos diez metros cuadrados (5 hs. 2.610 m^2); es decir, que el Ferrocarril no sólo usó de una hectárea dos mil setecientos ochenta metros cuadrados (1 h. 2.780 m^2), que fue lo expropiado en la sentencia del año veinticinco, sino que además ocupó otros terrenos también de propiedad del actor y cuyo valor reclama ahora. En estos términos, las zonas que fueron objeto de la expropiación y pago posterior, no son las mismas que luego fueron ocupadas y por las cuales se reclama en la demanda.

De todo lo anterior se deduce claramente que se está en presencia de una acción de las establecidas y reguladas en el Título XXII del Código de lo Contencioso Administrativo, que en esta parte sustituyó el ordenamiento jurídico que sobre la materia establecía la Ley 38 de 1918.

En efecto, las disposiciones de esta Ley atribuyeron al Consejo de Estado la competencia para conocer de las causas sobre expropiaciones y daños en la propiedad de los particulares, causados por órdenes o providencias de las autoridades administrativas nacionales en los casos previstos en la misma ley; y el actual Código prescribe igual regla de competencia, siempre que por causa de trabajos públicos de la administración, se ocupe o dañe la propiedad particular. De suerte que a la luz de cualquiera de las dos legislaciones en cita el caso que se decide está sujeto a la jurisdicción especial que corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo. Aún el más ligero examen de los hechos de la demanda basta para resolverlo así, desde luego que se trata de cobrar una indemnización del Estado por haberse ocupado con motivo de la realización de trabajos públicos de carácter nacional un inmueble del cual una persona privada se dice dueño. Otra cosa sería si el predio ocupado hubiera sido objeto de un juicio de expropiación, porque entonces la acción para el pago del precio lógicamente caería bajo la competencia de los jueces comunes (en el caso presente del Tribunal Superior). Pero como se ve en la relación de hechos del escrito de demanda y en los argumentos del excepcionante, la zona por cuya indemnización se reclama es distinta de la determinada en la sentencia de fecha 20 de febrero de 1925 sobre expropiación de unos bienes pertenecientes al antecesor jurídico de la demandante, y por consiguiente, no puede ésta pretender el pago del precio ni prestación alguna sobre la base de aquel fallo judicial.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala en sus fallos de veintiseis de septiembre de mil novecientos cuarenta y en el de veintiseis de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, doctrinas que hoy ratifica por medio de la presente providencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— **revoca** el auto de trece de abril del presente año, objeto de la apelación, y en su lugar resuelve que está probada la excepción propuesta y que, en consecuencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no es competente para conocer del presente negocio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NO SE REPONE LA PROVIDENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Al resolverse el anterior incidente propuesto por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en el juicio ordinario adelantado por la señora María Gómez v. de Cortés decidió la Sala en providencia de 5 de los corrientes, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no tiene competencia para conocer del presente negocio. Las razones entonces expuestas son bastantes —a juicio de esta entidad— para desatar el recurso de reposición que el demandante interpone contra aquel proveído; sin embargo, y con el objeto de abundar en argumentos se hacen ahora las consideraciones que siguen:

Los hechos de la demanda son lo suficientemente claros en el sentido de que la indemnización o pago del precio que se reclama en este proceso no se funda en la sentencia de 20 de febrero de 1925 que ordenó la expropiación de una faja de terreno para servicio del Ferrocarril del Norte sino en una causa diferente: en la ocupación de un lote de propiedad del querellante, distinto del determinado en aquella decisión judicial. Siendo esto así, la acción correspondiente cae bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo por ministerio de las leyes 38 de 1918 y 167 de 1941, de acuerdo con la época en que el hecho de la ocupación se hubiera cumplido.

No se opone a esta conclusión la circunstancia de que no mediara resolución u orden administrativa. La primera ley citada atribuía a los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las expropiaciones y daños en propiedades ajenas cuando se hubieran verificado por resolución u orden de la administración. No existe en el presente caso resolución alguna, o a lo menos no aparece del expediente que la Sala tiene a la vista, pero no puede alegarse carencia de orden administrativa porque ella va implícita —como es obvio— en la misma vía de hecho, o sea en el acto de la ocupación. No puede, por consiguiente alegarse la falta de estos elementos para situar la controversia dentro del campo de competencia de la justicia ordinaria. Todo esto en el supuesto de que los hechos de ocupación que originan la acción indemnizatoria se hubieran cumplido bajo la vigencia de la citada ley 38 de 1918, cosa que no es del caso decidir aquí. Mas si la ley aplicada es la posterior (167 de 1941), tampoco se opone a sus preceptos la decisión contenida en el auto recurrido, puesto que esta norma no exige la presencia de resolución u orden administrativa, como elementos de la vía de hecho, mediante la cual la administración ocupa o daña una propiedad ajena. De ser esto así, como lo cree la Sala, siguiendo el derrotero de una permanente jurisprudencia sobre el particular, carecen de razón las argumentaciones del recurrente en este extremo de su alegación.

Aunque aparezca innecesario se agregará que, conforme a la Constitución Nacional, la expropiación en su estricto sentido jurídico, como modo de adquirir el Estado el dominio de los bienes que necesita cuando la utilidad pública o el interés social así lo exigen (artículo 30 de la Carta), es un fenómeno enteramente distinto de las vías de hecho de la administración, que es la institución regulada por las leyes 18 y 167 mencionadas. En efecto, la Constitución garantiza la propiedad privada, y sólo permite que se expropie ésta mediante sentencia judicial e indemnización previa salvo la excepción consagrada para los casos de equidad. Entraña esta regulación un modo especial de adquirir el dominio de las cosas por parte del Estado y de las entidades que lo conforman en el campo del derecho público. Las controversias que con motivo de la expropiación se producen, caen bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria, conforme lo establecen las leyes que rigen la materia.

Pero al lado de la expropiación existe la vía de hecho, o sea el fenómeno que produce la actividad de la administración cuando en el desarrollo de un trabajo público se ve en el caso de ocupar transitoria o permanentemente una propiedad particular, o cuando en el mismo evento esa propiedad sufre un daño. Desde luego, y por

la naturaleza misma de las cosas, no hay lugar a hablar de indemnización previa ni mucho menos de sentencia judicial, porque se trata de un hecho material de las autoridades del Estado, ejecutado y justificado por una necesidad administrativa. Para tutelar los derechos que las entidades de derecho público puedan lesionar con esta actividad suya, la ley positiva colombiana ha establecido el régimen de la indemnización —sea por causa de que la propiedad ajena se ocupa o porque el trabajo público cause daño— pero atribuyendo las controversias que puedan suscitarse a la jurisdicción encargada de ventilar el contencioso de los actos y los hechos de la administración pública. Se repite, que la acción instaurada por la señora María Gómez v. de Cortés encaja precisamente dentro de los supuestos de esta institución jurídica: sin indemnización previa, sin que hubiera mediado sentencia judicial, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad encargada de administrar trabajos públicos pertenecientes al Estado ocupó una propiedad de la citada demandante. La querella que este hecho implica es la de que la indemnización puede reclamarse del Estado, como tutela jurídica de los derechos de aquélla, y de ahí que la jurisdicción competente para resolverla sea la de lo contencioso administrativo, como la Sala resolvió en el auto objeto del recurso.

La apelación interpuesta como remedio subsidiario es inconducente porque la ley no ha autorizado este recurso contra las resoluciones que profiere la Sala.

Lo dicho es suficiente para concluír que la providencia recurrida no debe reponerse. Además, la circunstancia de no estar inscrito ante esta Corte como abogado el apoderado de la demandante es motivo para que su solicitud no pueda prosperar.

Por las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— mantiene la providencia recurrida.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock — Ramón Miranda—Eleuterio Serna. Nicolás Llinás P., Srio.

ACCION POSESORIA

La disposición del Decreto-Ley Nº 1381 de 1940 reconoce como acto de la administración pública el que, cuando se tenga noticia del uso indebido de aguas nacionales hay lugar a tomar las medidas conducentes a fin de obtener un exacto conocimiento y hacer cesar la irregularidad, y señala precisamente como funcionario competente para tomar tales medidas al Ministro de la Economía Nacional. Tiene, por tanto, el artículo 16 del Decreto-Ley número 1381 de 1940 la calidad de precepto de orden manifiestamente administrativo; y si, en ejercicio de la competencia administrativa que allí se asigna al Ministro de la Economía Nacional llega éste a violar, por mala interpretación, por ejemplo, esa disposición, es al Tribunal Administrativo correspondiente, o sea al Consejo de Estado en este caso concreto, a la entidad a la cual corresponde conocer de la acción sobre nulidad de la resolución ministerial, que de tal violación de la ley hubiera de resultar. La intervención estatal en el caso actual tiende a proteger intereses de carácter público y general respecto a personas y entidades también interesadas en el uso de ciertas aguas, de manera que no se trata de una intervención a favor del patrimonio de derecho privado del Estado, ni de una gestión que redunde en su beneficio directo de carácter patrimonial. Empero, si se recurre directamente a una acción posesoria contra el Estado, como en el caso del proceso, y si no hay lugar a una declaración de invalidación o anulación de la resolución ministerial, petición sobre invalidez que reclamaría así la intervención jurisdiccional del Consejo de Estado, se concluye de todo que, tal como quedó planteado el debate, no podría la Corte negar su propia competencia y declarar de manera categórica que el juicio corresponde al conocimiento del Consejo de Estado.

2. Hay que contestar en forma negativa, a juicio de la Corte, la pregunta de si el Estado, por razones de interés general y público dicta determinadas medidas según ocurre en el Decreto-Ley número 1381 de 1940 que sirve de fundamento y antecedente a la Resolución Ministerial, podrá ser entorpecida luégo la actividad del Estado mediante el ejercicio de una ACCION POSESORIA DE PERTURBACION y mediante la intervención de la justicia ordinaria. Es que, gracias al mandato expreso y categórico de ese Decreto-Ley, la Resolución Ministerial, como acto de la Administración fue dictada dentro de la esfera de su competencia por razones de interés público y general, no con miras a un interés patrimonial del Estado; y en aquellos casos, y merced a lo preceptuado en los artículos 30 de la Constitución actual y 18 de la ley 153 de 1887, las disposiciones respectivas son de cumplimiento general inmediato y ya que, como es bien sabido, el interés privado debe ceder al interés público o social.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

Conoce la Sala del recurso de alzada interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio posesorio de "Hacienda Real, S. A." contra la Nación, sentencia que fue proferida con fecha 26 de mayo de 1944.

La demanda respectiva, que lleva fecha 23 de marzo de 1943, relata en la siguiente forma los hechos fundamentales de la acción, hechos que interesa conocer en su integridad:

"**Primero.**—"Hacienda Real, S. A." es propietaria y poseedora de un inmueble denominado "El Cascajal", situado en el Municipio de Palmira y comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el Oriente, en parte con la carrilera del Ferrocarril del Pacífico y en parte con propiedad de Máximo Mera; por el Occidente, en parte con la propiedad de los herederos de Manuel Vicente

Ramírez, en parte con la propiedad de Primitivo López y en parte con la propiedad de la señora Cristina Rivera de Campo y con el camino que conduce de Palmira al "Paso de la Torre" en el río Cauca; por el Norte, en parte con propiedad de Andrés Rodríguez, Primitivo López, Vicente López y hermanas y Jorge Molina y en parte con el zanjón "Las Hojas" o "Agua Clara"; y por el Sur, en parte con el camino que va de Palmira a la población de Rozo y en parte con el zanjón "Zamorano".

"**Segundo.**—En el año de mil novecientos cuarenta la mencionada sociedad "Hacienda Real, S. A." instaló sobre el cauce del llamado zanjón "Malimbú", dentro de los límites del inmueble descrito en el hecho anterior, una bomba de impulsión, tipo **propeler**, marca Byron Jackson, número 152982, accionada por un motor Caterpillar-Diessel de cincuenta caballos de fuerza y con una capacidad para elevar a veinte pies de altura un volumen de cinco mil trescientos cincuenta galones de agua por minuto, equivalente a trescientos treinta y siete litros por segundo, funcionando a una velocidad de novecientas diez revoluciones por minuto, y dotada de tuberías metálicas de 16 pulgadas de diámetro: Para el funcionamiento de esta moto-bomba, "Hacienda Real, S. A." construyó previamente el canal principal de mampostería y ladrillo revestido de cemento; instaló tres juegos de compuertas metálicas; construyó una plataforma y una casilla para la moto-bomba, apoyada a lado y lado sobre las paredes del canal principal con tres columnas de ferroconcreto, y, en general ejecutó las obras adecuadas para la captación, por medio de la expresada moto-bomba, de una parte de las aguas del citado Zanjón Malimbú.

"**Tercero.**—La expresada moto-bomba ha venido funcionando regularmente, desde su instalación, es decir, durante un lapso mayor de un año, y utilizando sólo la mitad o menos de las aguas del zanjón.

"**Cuarto.**—Por Resolución número 10 del Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Aguas y Meteorología, Sección de Concesiones— fechada el 11 de febrero del corriente año y notificada por edicto fijado en la Secretaría de dicho Departamento, por el término de tres días hábiles, el 17 de los mismos mes y año, el Organo Ejecutivo confirmó la Resolución número 57 de 1941, de la cual se había pedido oportunamente revocatoria y cuya parte resolutiva es del tenor siguiente: "El Ministerio de la Economía Nacional acoge el anterior informe y, en consecuencia, **con base en el artículo 16 del Decreto-Ley número 1381 de 1940,** que le atribuye competencia para hacer cesar cualquier uso indebido de aguas nacionales, RESUELVE: **Primero.** Cancelar, a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, el aprovechamiento de la actual moto-bomba —foto. número 3 del informe transcrito— instalada en predios de "Hacienda Real, S. A.", sin permiso del Organo Ejecutivo nacional, por causas de interés público y porque la mencionada derivación pone en peligro de muerte la vida vegetal y animal en una zona vastísima, bañada con las aguas del Zanjón Malimbú. En consecuencia, la Comisión Especial de Aguas, residente en Cali, por conducto de la Gobernación del Departamento y de la Alcaldía Municipal de Palmira, o directamente, procederá al cumplimiento de ésta y la siguiente ordenación. **Segundo.** Ordenar, a partir de la misma fecha de ejecutoria a la sociedad Hacienda Real, S. A. el retiro de las compuertas metálicas —foto. número 4 del informe transcrito—instaladas sobre el cauce principal del Zanjón Malimbú y por medio de las cuales se guillotina la corriente de agua que circula por el referido zanjón. **Tercero.** Ordenar a la Hacienda Real, S. A. solicite del Gobierno Nacional permiso para instalar un nuevo aprovechamiento, consistente en una bomba de succión, con capacidad NO MAYOR de cincuenta (50) litros por segundo. **Cuarto.** Ordenar asimismo, a la sociedad nombrada, el estudio y presentación al Gobierno Nacional de un proyecto de embalse, utilizando las depresiones naturales del terreno, con el fin de retener **parte** de las aguas en los períodos en que no se riega. Notifíquese y cúmplase.—El Ministro de la Economía Nacional, **Mariano Roldán'**.

"**Quinto.**—Por medio de oficio distinguido con el número 630, fechado el 21 de febrero de 1942, procedente del Ministerio de la Economía Nacional, Departamento de Aguas y Meteorología, se comisionó al Jefe de la Comisión Especial de Aguas de Cali para 'proceder a la mayor brevedad posible a dar cumplimiento a lo ordenado por la citada Resolución número 57 de 1941' ".

Manifestó también el demandante que "la expresada Resolución número 10 de 11 de febrero del corriente año, en cuanto niega la revocatoria de la número 57 de 1941, y aludida nota u oficio número 360 de 21 de febrero de 1942, en cuanto por ella se comisiona al Ingeniero Jefe de la Comisión Especial de Aguas para que cancele el

aprovechamiento de la moto-bomba de que se ha hablado y haga retirar las compuertas metálicas instaladas por "Hacienda Real, S. A.", constituyen actos de turbación de la posesión de un derecho real, y como 'las acciones posesorias tienen por objeto no sólo conservar y recuperar la posesión de bienes raíces, sino también la posesión de derechos reales constituídos en ellos, es decir, de derechos que se ejercen en ellas sin consideración a determinada persona'. (Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno. Tomo 9º, de los Bienes. Vol. IV, Nos. 1825 y 1826), son perfectamente aplicables al caso los artículos 977 y siguientes del Código Civil y 885 y siguientes del Código Judicial".

Finalmente, la parte petitoria de la demanda es del siguiente tenor:

"Por lo expuesto, y apoyándome en los textos citados, pido a ustedes muy atentamente, en mi expresado carácter de gerente de "Hacienda Real, S. A." que, previa la tramitación señalada en los artículos 877 y siguientes del Código Judicial, y con citación de la Nación, como demandada, representada por el Agente del Ministerio Público, se sirvan disponer ustedes que la demandada se abstenga de ejecutar los actos ordenados por la resolución preinserta, so pena de pagar a la sociedad que represento la indemnización que ustedes deben fijar por cada acto o hecho subsiguiente, sin perjuicio de la indemnización civil común y de la responsabilidad criminal en que incurran los funcionarios a quienes sean imputables los actos de perturbación de la posesión".

Con fecha 11 de abril de 1942 fue admitida por el Tribunal la demanda y habiéndose corrido en tal virtud traslado de ella al señor Fiscal del Tribunal respectivo, dicho funcionario hubo de contestarla en los siguientes términos:

"Descorro el traslado que se le mandó dar al Fiscal de la demanda instaurada por el señor Harold Eder contra la Nación y que aparece consignada en escrito de 23 de marzo último, en los siguientes términos:

"El hecho primero fundamental de la demanda lo comprueba la copia de la escritura pública número 608 de 30 de octubre de 1939 de la Notaría 1ª del Circuito de Palmira, de la cual se deduce el dominio que sobre la "Hacienda Real, S. A." tiene la sociedad denominada "Hacienda Real, S. A." domiciliada en Palmira;

"El hecho segundo: No me consta, por lo cual ni lo afirmo ni lo niego;

"El hecho tercero: Lo ignoro.

"El hecho cuarto: Me atengo a lo resuelto por el Ministerio de la Economía Nacional por estimar que ello fue inspirado por causas de interés público;

"El hecho quinto, como consecuencia de lo resuelto por el citado Ministerio, no lo considero fundamento legal de la demanda, desde luego que la Resolución número 57 de 1941 tenía que cumplirse.

"Termino oponiéndome a las pretensiones de la demanda y negando el derecho invocado en ella. (Fdo.) **Antonio J. Vásquez Otero**".

Tramitado el negocio en debida forma, vino luego el fallo de primera instancia antes mencionado, cuya parte resolutiva contiene la declaración de que "no hay lugar a decretar la protección posesoria solicitada, y absuelve a la Nación de los cargos de la demanda".

Se ha surtido la segunda instancia ante la Corte con intervención del apoderado de la Compañía demandante, así como con la intervención del señor Procurador Delegado en lo Civil, y estando preparado el negocio para fallo definitivo, a dictarlo procede la Sala previas las siguientes consideraciones:

Al paso que el apoderado de la parte demandante solicita la revocación de la sentencia recurrida a fin de que sea hecha en sustitución la correspondiente condenación de acuerdo con las peticiones de la demanda, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en nombre de la Nación, solicita que en el presente fallo se haga la declaración de que "el Tribunal es **incompetente** para conocer de este litigio en primera instancia y que, por ello mismo, la H. Corte no tiene facultad para conocer del mismo en la segunda instancia".

Solicita, en subsidio, la confirmación de la sentencia recurrida.

Es obvio, por lo demás, que cumple examinar, ante todo, si la alegación de incompetencia hecha por el señor Procurador tiene fundamentos jurídicos y en calidad de cuestión prejudicial que ha de definirse en la presente providencia.

Para fundar la incompetencia alegada razona así el señor Personero de la Nación:

"El señor Fiscal alegó que la competencia de este negocio correspondía a la justicia contencioso-administrativa por cuanto que se trataba de saber si tenía o no validez la resolución número 10, atrás citada, proferida por el Ministerio de la Economía Nacional. Para refutar tal aseveración, el H. Tribunal cita una jurisprudencia de esa H. Corte en que se expresa que corresponde a la

justicia ordinaria el conocimiento de las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de los inmuebles. 'Siendo como es, continúa el Tribunal, el caso de estudio el de una acción posesoria, no puede haber lugar por lo tanto al conflicto de jurisdicciones planteado por el señor Fiscal. Pues que no se trata de resolver si la resolución del Ejecutivo que ha motivado tal acción, es o no legal, ni de invadir campo alguno correspondiente a la función administrativa'. 'El demandante —agrega el fallo— ha pedido sencillamente que se proteja el hecho de su posesión, el que la Constitución y otras leyes ordenan respetar, mientras el poseedor no sea vencido en juicio contradictorio; y ese juicio contradictorio es el que se ha ventilado, porque es al Tribunal al que le corresponde conocer de él'.

"No comparte la Procuraduría estos conceptos emitidos por el H. Tribunal en su fallo. Es obvio que se ha instaurado en este juicio una acción posesoria. Esto no se discute. Pero es igualmente claro que para saber si la acción posesoria instaurada puede o no prosperar es necesario que el juzgador fije la validez de la citada resolución número 57 del Ministerio de la Economía Nacional. Tanta importancia tiene en el litigio esta resolución que el demandante **sólo pidió en su libelo que se ordenara a la Nación abstenerse de ejecutar los actos ordenados en la dicha resolución.** Lo pidió haciendo uso de una acción posesoria, pero lo esencial de la acción es ordenar a la Nación que no dé cumplimiento a lo dispuesto en la resolución, para lo cual es necesario que el fallador establezca, en definitiva, si esa resolución es o no legal; si tiene o no fundamento de hecho suficiente; si fue proferida por funcionario competente; si estuvo bien aplicada la legislación al proferirla, etc.

"En consecuencia: el fondo del litigio es que se declare ineficaz, inválida o ilegal la resolución proferida por el Ministerio y **como resultado,** que se dé amparo de posesión a la parte actora contra la Nación. Pero sucede que el H. Tribunal Superior de Distrito Judicial no es competente para decidir si la resolución es o no legal. Esta decisión corresponde a la justicia contencioso-administrativa.

"Para comprobar esta aseveración basta leer el actual Código administrativo. El artículo 62 de la Ley 167 de 1941 dice que "podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, **resoluciones** y otros actos del Gobierno, los **Ministros** y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad'. Y, en conformidad con ello, el artículo 34 de la misma ley establece que el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia 'de los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta' (numeral 10). En desarrollo de tales disposiciones, la misma ley 167 fija el trámite que deben seguir aquellos recursos administrativos contra resoluciones, decretos u otros actos del Gobierno, de los Ministerios o de cualquiera entidad administrativa.

"Por tanto, contra la resolución número 10 del Ministerio de la Economía Nacional era procedente el recurso administrativo correspondiente instaurado, por el interesado, ante el H. Consejo de Estado. Allí se habría podido discutir la legalidad de la citada resolución, sus bases de hecho, la competencia del funcionario que la profirió, etc. Si el H. Consejo de Estado la hubiera declarado nula e ineficaz, habría ordenado la restitución de las cosas a su estado anterior, es decir, habría dado amparo a la parte actora y "Hacienda Real, S. A." habría podido seguir beneficiándose con el uso de las aguas de que se trata, en la forma en que lo tenía establecido.

"Todo depende, en último término, de si aquella resolución tiene o no respaldo legal. Si lo tiene, la acción no puede prosperar. Si no lo tiene, la acción debe tener éxito.

"Pero, en virtud de lo dicho, el H. Tribunal Superior no es la entidad llamada a decidir si aquella resolución tiene respaldo legal, porque tal función está atribuída clara y expresamente al H. Consejo de Estado".

Como ya se vio, por la transcripción de los hechos fundamentales de la demanda, la Resolución número 10 de 11 de febrero de 1943 del Ministerio de la Economía Nacional hubo de confirmar la número 57 de 1941, de la cual se había pedido revocatoria.

Dicha Resolución número 57 de 1941 trae el siguiente considerando:

"El Ministerio de la Economía Nacional acoge el anterior informe y, en consecuencia, con base en el artículo 16 del Decreto-Ley número 1381 de

1940 que le atribuye competencia para hacer cesar cualquier uso indebido de aguas nacionales, **Resuelve:** (Figura aquí el texto de la Resolución, transcrito ya como parte integrante del hecho cuarto de la demanda).

Aparece así de manifiesto que el Ministerio respectivo invocó para apoyar su Resolución el texto de un Decreto que tiene fuerza de ley.

Dicho texto con fuerza legal estatuye en efecto, así:

"Cuando el Ministerio de la Economía tenga noticia de un uso indebido de aguas nacionales, podrá de oficio o a petición de tercero, tomar las medidas conducentes a fin de obtener un exacto conocimiento de los hechos y hacer cesar la irregularidad".

¿Se amoldó la Resolución ministerial al contenido y significado del precepto con carácter de ley que acaba de ser transcrito en términos de hallarse en consonancia con su alcance jurídico?

Si así no hubiese ocurrido habría sido conducente la acusación ante el Consejo de Estado de la Resolución en referencia, mediante acción contencioso administrativa oportunamente presentada.

En efecto: la disposición del Decreto-Ley erige o reconoce como acto de la administración pública el que, cuando se tenga noticia del uso indebido de aguas nacionales hay lugar a tomar las medidas conducentes a fin de obtener un exacto conocimiento y hacer cesar la irregularidad, y señala precisamente como funcionario competente para tomar tales medidas al Ministro de la Economía Nacional.

Tiene, por tanto, el artículo 16 del Decreto-Ley número 1381 de 1940 la calidad de precepto de orden manifiestamente administrativo; y si, en ejercicio de la competencia administrativa que allí se asigna al Ministro de la Economía Nacional, éste llega a violar, por mala interpretación, por ejemplo, la dicha disposición, es al Tribunal Administrativo correspondiente, o sea al Consejo de Estado en este caso concreto, a la entidad a la cual corresponde conocer de la acción sobre nulidad de la resolución ministerial, que de tal violación de la ley hubiera de resultar.

Según aparece, por otra parte, de las constancias del proceso y especialmente del contenido de las resoluciones del Ministerio de la Economía Nacional, la intervención estatal en el caso actual tiende a proteger intereses de carácter público y general respecto a personas y entidades también interesadas en el uso de las aguas del zanjón "Malimbú", de manera que no se trata de una intervención a favor del patrimonio de derecho privado del Estado, ni de una gestión que redunde en su beneficio directo de carácter patrimonial.

Empero si se recurre directamente a una acción posesoria contra el Estado, como ha ocurrido en el presente caso y se alegan como fundamento de ella disposiciones de derecho privado, cuales son las atinentes a ese género de acciones, y que fueron expresamente citadas en la demanda. Y si por otra parte no hay lugar en el presente juicio en atención a la demanda misma, a una declaración formal de invalidación o anulación de la resolución ministerial, petición sobre invalidez que reclamaría así la intervención jurisdiccional del Consejo de Estado, se concluye de todo esto que, tal como quedó planteado el debate en este proceso civil, no podría la Corte negar su propia competencia y declarar de manera categórica que el juicio corresponde al conocimiento del Consejo de Estado. De ahí pues que no sea dado acceder a lo pedido por el señor Procurador Delegado en lo Civil en materia de incompetencia de la Corte para conocer del negocio.

Se advierte además que el problema sobre competencia de la justicia ordinaria sólo vino a ser planteado por el señor Fiscal después de contestada la demanda y ya que el señor Agente del Ministerio Público, en la contestación de aquélla, entró de lleno a contradecirla por sus aspectos de fondo y sin llamar siquiera la atención del Tribunal acerca de su propia competencia para conocer del negocio.

Cierto es, por otra parte, que el demandante en el presente juicio posesorio busca en realidad conseguir el que no se lleve a su ejecución material la resolución ministerial, mas tal intento no tiene el alcance de convertir su acción en formal demanda de nulidad de la Resolución, según hubo de expresarse ya, y toda vez que no puede confundirse por todo concepto la inaplicabilidad de la Resolución, inaplicabilidad que se busca sea declarada en un juicio posesorio y por consiguiente de consecuencias jurídicas simplemente provisionales, con la demanda de nulidad de la Resolución que sí sería de competencia del Consejo de Estado, nulidad que por él declarada estaría llamada a producir efectos más radicales, permanentes y **erga omnes.**

Se sigue de todo lo expuesto que no puede negarse, **prima facie,** la competencia de la Corte, tal como el juicio fue iniciado y ha venido desarrollándose; y con el propósito de que la Sala haya de prescindir de resolver acerca del fondo del asunto, declarándose inhibida para tal conocimiento.

De manera que la Corte entrará a estudiar si realmente procede la acción instaurada contra el Estado colombiano, en la calidad precisa de acción posesoria de perturbación, es decir, tal como fue ella presentada por la parte demandante.

Se comprende desde luego que sería de gran interés entrar a investigar aquí si en asuntos de la naturaleza del actual procede la acción posesoria sin que se haya establecido, ni haya sido alegado siquiera en él, la existencia de una perturbación material de parte del supuesto perturbador, o sea en este caso de parte del Estado; es decir, si en Colombia, como ocurre en Francia por ejemplo, basta para la procedencia de la acción posesoria que se trate de una perturbación de orden jurídico, consistente en un acto no material que vendría así a afectar, según observan los expositores franceses, no el elemento **corpus,** sino el elemento **animus** del poseedor respectivo y a la manera de la orden contenida en la Resolución del Ministerio de la cual trata este juicio.

Se observa ahora, sin embargo, que resulta excusado en el presente fallo el estudio del interrogante jurídico de que se acaba de hablar, por surgir en él otra cuestión de mayor entidad y que toca también con la existencia de la acción posesoria, cuestión ésta última que se plantea así:

¿Si el Estado por razones de interés público y general dicta determinadas medidas según ocurre en el Decreto-Ley que sirve de antecedente y fundamento a la Resolución Ministerial, podrá ser entorpecida luego la actividad del Estado mediante el ejercicio de una **acción posesoria** de **perturbación** y mediante la intervención de la justicia ordinaria?

A la pregunta que precede hay lugar a contestar, a juicio de la Corte, en forma negativa, porque la ley ha autorizado el procedimiento.

Y es que gracias al mandato expreso y categórico del Decreto-Ley número 1381 de 1940, la Resolución Ministerial, como acto de la Administración fue dictada dentro de la esfera de su competencia por razones de interés público y general, no con miras a un interés patrimonial del Estado; y, en aquellos casos, y merced a lo preceptuado en los artículos 30 de la Constitución actual y 18 de la Ley 153 de 1887, las disposiciones respectivas son de cumplimiento general inmediato y ya que, como es bien sabido, el interés privado debe ceder al interés público o social.

Lo que vale decir que en este asunto hay lugar a declarar por la Corte improcedente la acción posesoria instaurada, ya que el acogerla llevaría a la violación de los mencionados artículos 30 de la Constitución y 18 de la Ley 153 de 1887 y al desconocimiento de principios encaminados a proteger el ejercicio de las actividades públicas del Estado dentro de las pautas legales.

Se ha alegado por la parte demandante que la disposición del artículo 16 del Decreto-Ley 1381 de 1940, en la cual se fundan las resoluciones ministeriales de las cuales se ha venido haciendo mérito, es una disposición inconstitucional, inconstitucionalidad cuya declaratoria, por vía de excepción, correspondería hacerla al juez que ha de fallar sobre el fondo del presente asunto y con fundamento en lo estatuído en el hoy artículo 215 de la Nueva Codificación Constitucional.

Si fuera ello de recibo y al caer la disposición legal que dio facultad y competencia al Ministerio de la Economía Nacional para dictar las resoluciones de cuyo contenido se queja la parte demandante en este juicio, aparecería de manifiesto la carencia de competencia del Ministerio para proferirlas.

En un juicio sobre inexiquibilidad del Decreto número 1381 de 1940 se podría entrar a estudiar ampliamente si en realidad ese Decreto es inconstitucional; pero el pasar de allí a reconocer la Corte en este juicio posesorio como manifiesta la inconstitucionalidad dicha, y proceder, en consecuencia, a darle el giro correspondiente a tal reconocimiento de inconstitucionalidad, no es solución que acepte la Sala; y ya que si acaso estuviera afectado de inconstitucionalidad el Decreto mencionado, muy lejos estaría esa tacha de aparecer, de manera manifiesta, en las constancias del proceso, en términos tales de acusar a ojos vistas, la existencia a una genuina incompatibilidad entre el Decreto y la Constitución, y en calidad de incompatibilidad declarable en un juicio posesorio cual es el presente.

Se sigue de todo lo expuesto que debe ser confirmada la sentencia recurrida en cuanto por ella se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Merced a las consideraciones precedentes, 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 proferida en el presente asunto por el Tribunal Superior de Cali con fecha 26 de mayo de 1944.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

CAUCION DE PERJUICIOS

No es, ni puede serlo, cualquiera la oportunidad para que el opositor presente la solicitud de la caución, de acuerdo con los artículos 877, 878, 880 del Código Judicial. La prestación de la caución puede ocurrir o no, según la actitud que asuma el demandante y lo que se resuelva por el Juez, pero es claro, por razones de economía procesal y de un imperativo de lógica, que la ley autoriza que se solicite y ordene la caución como cosa previa al desarrollo de la oposición que se hace y para que ella tenga su desarrollo en el juicio. Si la caución no se presta el procedimiento se paraliza o suspende, y de esa manera termina en ocasiones de modo definitivo; si la caución se presta, el trámite ordinario de la acción adelanta con más dilación o inconveniente. Admitir que la solicitud sobre caución se haga cuando el trámite se ha adelantado, decretándose y recibiéndose ya las pruebas, sería error manifiesto que llevaría a aceptar un procedimiento estéril e inútil. La caución tiene que ser cuestión previa al trámite de la oposición; el demandante está en el deber de solicitar que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le cause, antes de que se dé curso al procedimiento que necesariamente produce la oposición. Si se declara desierta la oposición porque no se presta la caución, no hay lugar, racionalmente, a abrir a prueba el juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por ser llegada la oportunidad procesal de hacerlo, pasa la Corte a decidir sobre las apelaciones interpuestas contra los autos de fechas 6 de febrero anterior, dictados por el Tribunal Superior de Cali en el juicio posesorio de María Benicia Ramírez contra el Departamento del Valle del Cauca y Espíritu Santo Potes.

Como el demandado Potes se opusiese, el apoderado de la demandante solicitó del Tribunal dispusiera que aquél prestase caución de pagar los perjuicios que a la demandante, causara su oposición (artículo 879 C. J.). Pidió al propio tiempo que si la caución no se prestaba dentro del término legal, se declarase desierta la oposición.

El Tribunal en el auto que se revisa negó la petición formulada, y la providencia en que tal decisión se adoptó es una de las que ha sido materia del actual recurso.

En la Corte el apelante no hizo manifestación alguna durante la tramitación de la instancia.

Para resolver considera la Corte que son acertadas las razones expuestas por el Tribunal en el referido auto y que le sirven de fundamento. No es, ni puede serlo, cualquiera la oportunidad para que el opositor presente la solicitud sobre caución. Establecen las disposiciones pertinentes del título XXVIII del C. J., Capítulo I, del Despojo, que de la demanda que en estos casos se formula se corre traslado al demandado por tres días (artículo 877); que si el demandado se opone se abre el juicio a pruebas por seis días, ampliables a otros seis (artículo 878); que si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le cause su oposición, el Juez debe ordenarlo, y si no se presta dentro de los diez días siguientes, se declara desierta la oposición, el Juez falla dentro de los seis días siguientes (artículo 880). La prestación de la caución puede ocurrir o no, según la actitud que asuma el demandante y lo que se resuelva por el Juez; pero es claro, como lo expresa el Tribunal, por razones de economía procesal y de un imperativo de lógica, que la ley autoriza que se solicite y ordene la caución como cosa previa al desarrollo de la oposición que se hace y para que ella tenga su desarrollo en el juicio. Si la caución no se presta, el procedimiento se paraliza o suspende, y de esa manera termina en ocasiones de modo definitivo; si la caución se presta, el trámite ordinario de la acción adelanta con más dilación o inconveniente. Admitir que la solicitud sobre caución se haga cuando el trámite se ha

adelantado, decretándose y recibiéndose ya las pruebas, sería error manifiesto, que llevaría a aceptar un procedimiento estéril e inútil. La caución tiene que ser cuestión previa al trámite de la oposición; el demandante está en el deber de solicitar que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le cause, antes de que se dé curso al procedimiento que necesariamente produce la oposición. Si se declara desierta la oposición porque no se presta la caución, no hay lugar, racionalmente a abrir a prueba el juicio.

En el caso en examen ya se había abierto a prueba el juicio, el 12 de mayo de 1944, y el término respectivo había vencido cuando se solicitó, el 29 de enero de 1945, que el opositor prestara caución de pagar los perjuicios. La petición fue pues extemporánea en demasía, y no puede producir el efecto a que de conformidad con la ley da lugar en los casos en que la solicitud de caución se hace en oportunidad.

Estas razones llevan a la Sala a la conclusión de que es jurídico el auto de que aquí se trata.

La otra providencia materia del presente recurso de apelación, dictada también el 6 de febrero del año en curso, negó por improcedente la solicitud sobre nulidad del juicio que el abogado del doctor Espíritu Santo Potes le hizo al Tribunal del conocimiento.

La demanda se propuso, como en ella se expresa (petición primera), "Para que se le restituya a María Benicia Ramírez la posesión en una porción de terreno de dos y media plazas de cabida o extensión superficiaria, poco más o menos, ubicada en el punto denominado La Bolsa, en el corregimiento de El Cascajal en el Distrito de Cali, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Entre los hechos de la demanda figuran los siguientes: "9. El señor doctor Espíritusanto Potes, por medio de obreros y peones, en la dicha porción de terreno ha construído un muro como para estribo del puente; ha construído un campamento o rancho de teja de guadua, que ocupan sus obreros o peones; ha construído una casa de paja, casa en la cual funciona una tienda que llaman La Proveedora y una asistencia para obreros y peones del mismo doctor Espíritusanto Potes; y está construyendo una carretera, para la cual se han abierto zanjas y se han hecho terraplenes. 10. En el mes de mayo del año de 1943, los obreros y peones del señor doctor Espíritusanto Potes entraron al predio poseído por María Benicia Ramírez, y, en la porción de terreno indicada, limpiaron el suelo a la orilla del río Cauca y principiaron a construír el campamento y la casa; en seguida tumbaron las plantaciones de cacao, café, plátano, árboles frutales y cachimbos que en esa porción de terreno tenía el predio; cortaron los troncos de los árboles y los hicieron leña; quemaron lo que de las plantaciones quedó sobre el suelo; principiaron la construcción del muro; abrieron las zanjas y empezaron a construír los terraplenes. Así el señor doctor Espíritusanto Potes, como contratista del Departamento del Valle del Cauca, en beneficio de este departamento, y para el mismo departamento —quien hoy la posee materialmente— usurpó a María Benicia Ramírez la porción de terreno indicada".

La demanda, como se ha visto, se dirige a obtener la restitución del terreno ocupado en la forma que se indica por el actor. Ella no versa sobre pago de ninguna indemnización por perjuicios. Planteada así la demanda, bien o mal, pero según su contexto, no cabe duda que la competencia para su conocimiento corresponde a los Tribunales de la justicia ordinaria. Por eso la acción de nulidad, que se basa, según se afirma en ella (letra a), en la apreciación equivocada de que la demanda versa sobre el pago de unos perjuicios, no puede prosperar. Acertadamente dice el Tribunal: "De lo anterior se deduce que no se trata de un juicio encaminado a conseguir el pago de las indemnizaciones a cargo del Departamento del Valle del Cauca y el doctor Espíritusanto Potes por causa de trabajos públicos, como lo es la construcción del puente de El Hormiguero, sino de una acción posesoria para que se le restituya a la señora Ramírez en la posesión de un terreno de su propiedad, el cual ha sido ocupado en parte por los trabajos necesarios para la construcción del mencionado puente. En vista de lo que se ha expuesto, la petición de nulidad hecha por el doctor Castro Borrero y que se ordenó tramitar como articulación, es improcedente pues ella se refiere a un juicio por indemnización por causa de trabajos públicos y el presente juicio posesorio es por despojo, por lo cual hay una evidente diferencia entre ambos juicios..."

Es pues también jurídica la providencia de que aquí se trata.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma los autos proferidos por el Tribunal Superior de Cali en este juicio el 6 de febrero último y que fueron objeto de la apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado C. Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS

La decisión en que se condena al pago de perjuicios IN GENERE es firme y no puede entederse revocada por la resolución posterior en la cual se declare que los perjuicios, por no haberse avaluado, no pueden ser expresados concretamente en una suma determinada de dinero. Es obvio que dentro del sistema legal colombiano corresponde a la persona que obtuvo una condenación IN GENERE aportar los instrumentos idóneos para que la actuación incidental produzca los efectos queridos por el juzgador, o sea que la manifestación de voluntad de éste, expresada abstractamente por imposibilidad de hacerlo en otra forma, tenga debido cumplimiento y alcance las consecuencias reparatorias que se buscan. Mas si el interesado no hace uso de los medios legales para que el fallo se cumpla o descuida su obligación de aportar oportunamente los elementos hábiles para que la cuantía se concrete y determine, no puede pretender que de todas maneras se señale una cantidad cualquiera como equivalente de la prestación reconocida IN ABSTRACTO, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del juez una determinación que por imperio de las normas procesales debe ser objeto de probanza. No otra cosa se desprende de las regulaciones contenidas en el Título XV del Código Judicial, y particularmente del artículo 553, en cuanto preceptúa que si es impugnada la liquidación que debe hacer la parte favorecida con una sentencia contentiva de un reconocimiento IN GENERE, el incidente se abre a prueba. De acuerdo con los textos que rigen el cumplimiento de las resoluciones judiciales no hay, pues, duda alguna respecto a que la regulación no puede obtenerse sino a condición de que estén presentes en el proceso los medios probatorios necesarios para transformar en un guarismo determinado el contenido de la prestación demandada en el juicio. Por el contrario, la ausencia de tales elementos de convicción exonera al funcionario del deber de señalar su cuantía, sin que ello quiera decir desde luego que lo resuelto definitivamente en aquél haya sido suspendido o revocado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de providencia que lleva fecha ocho de agosto del año próximo pasado, puso fin al incidente de regulación de los perjuicios reconocidos a favor del doctor Jorge Lozano Agudelo en el juicio ordinario que instauró contra la Nación por la muerte de su mujer legítima, señora Angelina Pulecio de Lozano y de su hija la señorita Beatriz Lozano Pulecio con motivo del siniestro de aviación de Santa Ana.

En la referida providencia declaró el Tribunal que no era el caso de hacer la fijación de perjuicios, conforme lo había solicitado el interesado, y de ahí que éste interpusiera apelación para ante la Corte.

Como al recurso se ha dado la tramitación que le corresponde de acuerdo con las prescripciones de la ley, va a resolverse definitivamente, para lo cual se hacen las consideraciones que siguen.

Los perjuifcios

La sentencia de última instancia, por medio de la cual se decidió el juicio ordinario adelantado por el doctor Lozano A. contra el Estado colombiano, fue proferida por esta Sala el 10 de diciembre de 1942 y en ella, además de condenar al pago de los perjuicios morales subjetivos, se dijo así en relación con los daños de carácter material reclamados en la demanda:

Segundo. — Condénase a la Nación a pagar al doctor Jorge Lozano A. los perjuicios materiales que efectivamente hubiere recibido con motivo de su viudez y de la orfandad en que quedó su hija Emma Lozano Pulecio por la muerte de la señora Angelina Pulecio de Lozano. La cuantía de tales

perjuicios se determinará de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, conforme a las bases determinadas en la parte motiva del presente fallo".

Las bases a que se refiere la decisión anterior, son las siguientes:

"**Perjuicios materiales.** No se han causado con relación a la demandante Emma Lozano, pues no aparece de autos ninguna prueba sobre el particular. Con respecto a su padre, esos perjuicios serán los que efectivamente él haya recibido por razón de su viudez y de la orfandad en que quedó su hija Emma, tales como los gastos para el cuidado e instrucción de dicha menor por medio de una institutriz, dada la corta edad en que quedó dicha menor.

Con respecto a la merma en el rendimiento de los negocios y en el ejercicio de la profesión de odontólogo del demandante Lozano, por suspensión de sus actividades profesionales, aunque se alegan en la demanda, no aparecen comprobados tales hechos en autos, pues la única prueba que se aportó fue el testimonio de José Caicedo S., quien, además, depuso en su mayor parte, como testigo cuyo conocimiento lo obtuvo "por referencias".

No hay base suficiente, pues, para poder establecer la existencia de tales perjuicios materiales ni su cuantía; razón por la cual deben negarse, en este particular, los correspondientes pedimentos de la demanda".

De acuerdo con las piezas que quedan transcritas, la indemnización del daño material reclamada en el juicio, se circunscribió al monto de los perjuicios pecuniarios que hubiera recibido el actor, especialmente al de los gastos que se viera obligado a hacer para el cuidado e instrucción de su hija, la señorita Emma Lozano Pulecio.

El incidente

El señor apoderado de la parte actora presentó ante el Tribunal una liquidación motivada de los perjuicios que, en su concepto, se le ocasionaron a su mandante conforme a las bases señaladas para ello en la sentencia que acaba de mencionarse, y al efecto hizo una estimación que alcanzó a la suma de $ 20.830.00.

Como el representante legal del Estado se opusiera a esta regulación por estimarla deficientemente fundada y comprobada, se abrió a pruebas el incidente, y dentro del término legal se produjeron por el interesado las siguientes:

1º Las partidas bautismales de los esposos Lozano-Pulecio;

2º Dos declaraciones de testigos;

3º Un certificado suscrito por la señorita Alice Block, en el cual se relacionan algunos gastos cubiertos por el doctor Lozano A. por concepto de la educación de su hija la señorita Emma Lozano Pulecio; y

4º Un dictamen de peritos, por medio del cual se establece que la cuantía de la indemnización debida al reclamante es la cantidad de $ 16.581.68, reduciendo así la apreciación pecuniaria hecha por éste.

En la providencia objeto del recurso que ahora se decide consideró el Tribunal que no se habían allegado al expediente las probanzas necesarias para fijar el **quantum** de los perjuicios, cuya existencia fue reconocida en la sentencia de diez de diciembre de 1942, por lo que declaró que no era del caso hacer la fijación correspondiente.

En su alegato ante esta Sala sostiene el apoderado del doctor Lozano A. que con su decisión ha pretendido el Tribunal revocar y dejar sin efecto alguno el fallo de la Corte mediante el cual se reconoció que el querellante había sufrido un daño patrimonial que debía ser reparado, pero absteniéndose de determinar su monto por ausencia de los elementos procesales indispensables para hacerlo concretamente, y de ahí que hubiera ordenado, conforme a las prescripciones de la ley, que el señalamiento en cifra numérica se hiciera por el procedimiento previsto en el Código Judicial (artículo 553). Deduce de esto que la abstención del Tribunal a determinar la cifra de tales perjuicios implica necesariamente un desconocimiento de lo originariamente establecido y fallado, lo que en su concepto equivale a emplear un medio injurídico de absolver a la Nación de su responsabilidad de indemnizar a las víctimas del accidente por el cual se le declaró culpable.

Sin entrar por ahora en el fondo de la cuestión que las anteriores consideraciones plantean, por no ser ello necesario, para la solución del presente negocio, habrá de expresarse sin embargo sobre el particular que la Corte no comparte tales tesis, entre otras razones porque si bien es cierto que ha sido judicialmente reconocida y declarada una prestación a cargo del Estado y a favor del demandante, con motivo de una culpa extracontractual imputable a un agente público por cuya actividad está obligada a responder civilmente la Nación, en cambio la cuantía de la misma quedó subordinada a lo que posteriormente

se señalara en el incidente que para tales efectos promoviera el interesado. Precisamente porque en el juicio no se encontró la manera idónea de apreciar numéricamente el daño sufrido por el actor fue por lo que hubo de optarse por la condenación **in genere**, que es el sistema consagrado por la ley positiva en casos de esta índole para suplir la ausencia de medios para proferir una condenación concreta. Esta decisión, en cuanto establece la existencia del daño y la consiguiente obligación de repararlo, es firme y no puede entenderse revocada por la resolución posterior en la cual se declare que los perjuicios, por no haberse avaluado, no pueden ser expresados concretamente en una suma determinada de dinero.

Es obvio que dentro del sistema legal colombiano, corresponde a la persona que obtuvo una condenación **in genere** aportar los instrumentos idóneos para que la actuación incidental produzca los efectos queridos por el juzgador, o sea que la manifestación de voluntad de éste, expresada abstractamente por imposibilidad de hacerlo en otra forma, tenga debido cumplimiento y alcance las consecuencias reparatorias que se buscan. Mas, si el interesado no hace uso de los medios legales para que el fallo se cumpla o descuida su obligación de aportar oportunamente los elementos hábiles para que la cuantía se concrete y determine, no puede pretender que de todas maneras se señale una cantidad cualquiera como equivalente de la prestación reconocida **in abstracto**, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del Juez una determinación que por imperio de las normas procesales debe ser objeto de probanza. No otra cosa se desprende de las regulaciones contenidas en el Título XV del Código Judicial, y particularmente del mencionado artículo 553, en cuanto preceptúa que si es impugnada la liquidación que debe hacer la parte favorecida con una sentencia contentiva de un reconocimiento **in genere**, el incidente se abre a prueba por el término de quince días, a cuyo vencimiento "el juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado". De acuerdo con las voces de los textos que rigen el cumplimiento de las resoluciones judiciales, no hay pues, duda alguna respecto a que la regulación no puede obtenerse sino a condición de que estén presentes en el proceso los medios probatorios necesarios para transformar en un guarismo determinado el contenido de la prestación demandada en el juicio. Por el contrario, la ausencia de tales elementos de convicción exoneran al funcionario del deber de señalar su cuantía, sin que ello quiera decir desde luego, que lo resuelto definitivamente en aquél haya sido suspendido o revocado.

Las pruebas

Por fuerza de estas razones elementales habrá de detenerse la Sala en el examen de los medios probatorios aportados por el demandante para señalar el **quantum** de los perjuicios de índole material que la Nación está obligada a cubrirle, por ministerio de la sentencia mencionada, de fecha 10 de diciembre de 1942.

En su relación escrita, el interesado señaló dos órdenes de prestaciones pecuniarias, representativas ambas del daño sufrido por su situación de viudez y de la orfandad en que quedó su señorita hija la menor Emma Lozano Pulecio. En primer lugar indicó los correspondientes a los gastos que hizo para proveer a su educación, o sea los que relaciona como originados por el pago de pensiones en el Instituto Alice Block, de esta ciudad, etc.; y en segundo término los que sufragó y deberá sufragar en el futuro como correspondientes al costo de una institutriz para el cuidado y atención suya y de su citada hija.

Separadamente se estudiará lo que hace referencia a cada uno de estos capítulos, a las comprobaciones que sirvieron para acreditar la evidencia de tales perjuicios, y asimismo a la cuantía que por razón de ellos debe cubrir la Nación.

Entre las fundamentaciones de la liquidación expuso el apoderado del doctor Lozano A. las siguientes: que con motivo del grave siniestro de Santa Ana tuvo que abandonar el ejercicio de su profesión en Bogotá, trasladarse a la población de El Guamo e internar a su hija Emma en el Instituto "Alice Block"; que ésta ingresó al internado de ese establecimiento desde el mes de agosto de 1938 hasta fines de diciembre de 1941; que pagaba al Instituto Alice Block, por la pensión de sus hijas, en calidad de externas, la suma de diez pesos por cada una y, desde la fecha indicada se vio obligado a cubrir $ 70.00 mensuales por concepto de la pensión de interna de la señorita Emma; que igualmente pagó a aquel Colegio la cantidad de $ 1.700 para que su hija tomara parte en la excursión escolar a Europa que se realizó a fines de 1938 y principios del año siguiente; y que, finalmente, suscribió y pagó cuatro acciones del Instituto por valor de $ 400.00.

El señor apoderado del demandante presenta, como consecuencia de la anterior exposición de

hechos, la siguiente liquidación:

Valor de los meses de pensión interna, cubiertos al "Instituto Alice Block" de agosto de 1938 a noviembre de 1941, a razón de $ 70.00 cada uno.....	$ 2.380.00
Valor de gastos extraordinarios en la educación de la menor, tales como uniformes, gastos especiales de internado, etc.	350.00
Valor de gastos de excursión a Europa..	1.700.00
Valor de cuatro acciones en el Instituto para tener derecho a internado.....	400.00
	$ 4.830.00

A propósito de estos gastos, estimaron los peritos que ellos se encuentran debidamente acreditados en el expediente mediante el certificado expedido por la señorita Alice Block; pero que deben reducirse a la suma de $ 4.580.00 para rebajar $ 10.00 en el valor de las mensualidades como interna de aquel Colegio, ya que la pensión de externa se hubiera causado de todas maneras "aún en el supuesto de que no hubiese ocurrido el hecho que motivó el siniestro".

El Tribunal no acogió el dictamen de los peritos que intervinieron en el incidente para la apreciación de los perjuicios, y sobre el capítulo referente a los gastos de que viene hablándose, expresó que los expertos se limitaron a aceptar las cuentas formuladas por el actor y que, por consiguiente, rindieron un concepto desprovisto en absoluto de fundamentación. En cuanto al certificado expedido por la señorita Alice Block dice que a lo sumo puede atribuírsele el valor de una declaración de testigo que, por sí sola no hace prueba sobre el pago verificado, con la circunstancia de que se refiere a una obligación de valor superior a quinientos pesos. Esto en cuanto a la prueba, pues en lo que hace a la procedencia misma de la computación de estos gastos como perjuicios sufridos por el demandante, el Tribunal agrega:

"Al decir la sentencia que los perjuicios serán los que efectivamente haya recibido por razón de su viudez y de la orfandad en que quedó su hija Emma, tales como cuidados y gastos de instrucción por medio de una institutriz, es claro que no se refirió a los gastos de colegio que indudablemente tenía que hacer viviera o no la esposa, sino a aquellos gastos extraordinarios encaminados a reemplazar los cuidados maternos y la instrucción que no podía suministrarle en el colegio, porque según la demanda, no podría internarla sino que tendría que mantenerla a su lado para que mitigara en parte el dolor de la pérdida de su hogar".

Por tales razones, se abstuvo el inferior de fijar el monto de los perjuicios en lo que a este capítulo concierne. Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Civil adhiere en un todo a los argumentos del Tribunal, y a propósito de los perjuicios de que viene hablándose conceptúa que no hubo variación ninguna en el régimen de educación de la señorita Emma con motivo del lamentable accidente que dio origen al juicio y que, por consiguiente, no se produjo por esta causa ningún hecho nuevo que diera ocasión a gastos especiales computables como perjuicios. "El único cambio —dice la vista fiscal— fue que de externa pasó a interna, mas ya se vio que los gastos causados por ella en el colegio no pueden ser elementos de fijación del perjuicio liquidable. Pero la muerte de su madre no produjo como resultado que el demandante tuviera que invertir más dinero del que invertía en la educación y atención de la niña, dentro de la casa, que es el estado a que se refiere la H. Corte en su sentencia".

De otro lado, coincide con el Tribunal en que hay una verdadera ausencia de pruebas y, por ello existe la imposibilidad legal de fijar la cuantía de los gastos causados al actor por concepto de la educación de su hija.

Para la Sala no es esto así, porque de acuerdo con lo estatuído en la sentencia de fecha 10 de diciembre de 1942 la cuantía de los perjuicios indemnizables está representada por los gastos que el demandante se hubiera visto obligado a hacer para la instrucción y cuidado de la menor. Por simple vía de ejemplo y no con el objeto de establecer en forma rigurosa e inflexible la medida de la reparación, se dijo que tales cuidados podrían estar a cargo de una institutriz. De suerte que al favorecido con la decisión correspondía, como es natural, escoger el medio más adecuado para proporcionar a la menor Emma las atenciones que pudieran reemplazar, aunque parcial e incompletamente, las de su propia madre; y así resulta desde luego excesivo pretender que estuviera obligado, por ministerio del fallo y de las bases que se señalaron para la regulación del daño, a recurrir forzosamente a los servicios de una institutriz.

Habiendo optado por internar a la menor en un plantel de educación, los gastos efectivamente

sufragados con este motivo y que fueren realmente necesarios para aquel objetivo, deben entrar en el cómputo de las indemnizaciones a que tiene derecho, siempre que aparezcan comprobados en forma legalmente hábil. Es cierto que las tesis sostenidas tanto por el Tribunal como por el señor Agente del Ministerio Público en cuanto expresan que los gastos de alimentación y demás inherentes a la instrucción de la menor no constituyen estrictamente perjuicios que deban ser indemnizados, sino una obligación que de todas maneras estaba forzado a satisfacer el doctor Lozano son irrefutables; pero es también evidente que la necesidad de internar a la menor a causa de la orfandad en que quedó por la muerte de su madre, representa para él un desembolso de carácter extraordinario como lo acredita el hecho de que antes del accidente de Santa Ana recibía su educación en el mismo plantel en calidad de alumna externa. Para el avalúo de esta índole de perjuicios, los expertos tuvieron en cuenta, para rebajarlo de la suma relacionada por el demandante el valor de la pensión de externa que el doctor Lozano pagaba al mismo Instituto Alice Block antes del siniestro, lo cual es un procedimiento inobjetable.

El Tribunal rechazó la diligencia pericial, como se ha visto, por falta de una fundamentación adecuada. En la parte que ahora se estudia tuvieron ellos en cuenta como única base del avalúo el certificado expedido por la señorita Alice Block, documento que igualmente fue desestimado como suficiente para comprobar los gastos que relaciona.

A propósito de esto la Sala observa que la mencionada certificación—reconocida bajo juramento por la persona que la expidió—sí es elemento de juicio suficiente para que con base en él y en las observaciones que pudieran haber realizado los expertos cumplieran éstos su función de fijar el valor de los gastos de que se trata. Esto es indiscutible, ya se dé al referido certificado el valor de una simple declaración de testigo o de un documento privado, demostrativo de que el Colegio recibió las sumas provenientes del costo de la educación de la menor en aquel establecimiento. Pero la verdad de las cosas, según puede leerse en la diligencia de experticia, es que la certificación sólo fue el fundamento para fijar las cifras que los peritos debían presentar, una de las bases de acuerdo con las cuales debían establecer su dictamen y deducir las conclusiones consiguientes. La fuerza probatoria de éstas habrá de apreciarse conforme a la regla del artículo 723 del Código Judicial y, por tanto, aceptarse en la medida en que aparezcan fundadas, de conformidad con los elementos de juicio que la Sala tiene a su disposición dentro del expediente.

Con este criterio, puede llegarse a la conclusión de que el costo de las pensiones de interna de la señorita Emma resultara comprobado en la suma fijada por los peritos, y deberá por consiguiente cubrirse a título de indemnización de perjuicios, ya que equivalen a desembolsos causados por razón de la situación especial en que quedó la menor por la muerte de su señora madre. De haber vivido ésta la forma de su instrucción hubiera podido ser distinta de la que el doctor Lozano A. se vio obligado a escoger para atenderla debidamente.

Para apreciar en esta forma la fuerza probatoria del dictamen pericial, la Sala tiene en cuenta la buena fama e ilustración de los dos distinguidos profesionales que suscriben el peritazgo, y además el hecho de que la cifra que señalan como correspondiente al internado de la menor no es exagerada sino apenas la normal y corriente en la ciudad de Bogotá para colegios de la categoría del Alice Block. En tales condiciones, la Sala aprecia las conclusiones del dictamen en el punto de que se trata, y en ejercicio de la facultad que le confiere el mencionado artículo 723 del Código Judicial acepta la cifra establecida en aquella diligencia.

Pero no ocurre lo mismo con las demás cantidades relacionadas en este capítulo. En efecto, los gastos de uniforme y otros que completan la suma de $ 350.00, aunque seguramente se causaron, no aparecen demostrados en ninguna forma; y en relación con ellos los peritos apenas traen como fundamento de su dictamen la escueta afirmación del demandante. La certificante señorita Alice Block, no los menciona en el documento acreditado atrás, de manera que sobre este extremo la experticia carece en absoluto de fundamentación.

Idénticó fenómeno se contempla respecto a las partidas correspondientes a los gastos de la excursión a Europa y de la adquisición de acciones del Instituto. Que tales gastos se produjeron y los sufragó el doctor Lozano resulta de la certificación tantas veces mencionada; pero, en cambio, no son éstas erogaciones necesariamente obligatorias, corrientes y normales sino que por el contrario asumen un carácter especial dentro de los gastos propios de la instrucción y cuidado de la

menor. No se ha demostrado la necesidad de tales desembolsos, y la simple afirmación de que la excursión a Europa está dentro de los modernos sistemas de aprendizaje, no puede ser suficiente a juicio de la Sala falladora para que se le compute como parte del daño indemnizable al doctor Lozano A.

Como resumen de lo dicho hasta aquí, debe concluírse que sólo se decretará el reconocimiento y pago de las cantidades de $ 2.040.00 por concepto de la instrucción de la menor Emma, con lo cual la Corte acoge parcialmente el dictamen de los peritos por hallarlo fundado en la cuantía que representan los gastos correspondientes a su pensión de interna. Esta suma resulta de deducir de la de $ 2.380.00 (valor de 34 meses de internado), la de $ 340.00, equivalente del mismo número de meses en calidad de externa, a razón de $ 10.00 mensuales.

Por el contrario o sea por falta de una documentación adecuada, la prueba pericial habrá de desestimarse en el resto de su contenido. Los argumentos que sobre el particular traen tanto el Tribunal como el Procurador Delegado en lo Civil no pueden menos de ser acogidos como solución del recurso propuesto contra la providencia de fecha 8 de agosto del año próximo pasado, que en este punto no será objeto de reforma.

En el punto octavo de la liquidación motivada hecha por el apoderado del demandante, se lee en relación con los perjuicios que el señor Jorge Lozano ha de recibir en razón de su viudez: "El doctor Jorge Lozano ha mantenido desde la fecha de la muerte de la señora Angelina Pulecio de Lozano, y debe mantener hasta el fin de sus días, una ama de llaves en su casa para que lo atienda a él y para que cuide de su hija Emma, especialmente en las frecuentes ausencias por las visitas a sus fincas rurales del Tolima". Y en el siguiente: "El ama de llaves que el demandante Lozano mantiene y debe mantener en su hogar, le cuesta, aparte de los gastos de alimentación, la cantidad de $ 80.00 mensuales, pues dicha persona debe reunir las condiciones especialísimas que no permiten obtener un servicio menos costoso".

El demandante considera que debido a su nuevo estado se ha visto privado de las atenciones de que antes gozaba y que, por lo mismo, ha tenido que contratar los servicios de una ama de llaves que remedie en parte esta situación. Igualmente estima que esta persona la ha escogido con el criterio de que, a la vez que cuide de su casa, le sea útil en la enseñanza complementaria que requiere su hija y que le proporcionaba antes su señora esposa.

Los declarantes, señores José Domingo Arciniegas y Antonio Orejuela concuerdan en que desde el año de 1938 el señor Jorge Lozano mantiene en su casa del Guamo (Tolima) una ama de llaves que le atiende en sus asuntos personales, pero dicen igualmente que no saben nada acerca de la cultura de la empleada.

El interrogatorio que se sometió a los declarantes dice en el punto i): "Si por razón de los trabajos a que está dedicado el doctor Jorge Lozano A. han visto los declarantes que éste necesita y necesitará en el futuro de la atención de una persona como ama de llaves e institutriz de su casa (sic), no sólo ahora durante el estado de soltería de su hija Emma Lozano Pulecio, sino después, en caso de que ésta contrajera matrimonio, pues entonces necesitará de esa misma ayuda para su atención personal el doctor Jorge Lozano".

A esto contesta el deponente Antonio Orejuela: "Es verdad que por razón de los trabajos a que ha estado dedicado el doctor Jorge Lozano A., me consta que éste ha necesitado de la atención de una persona que lo atienda en su casa a más del servicio que ha tenido; y este servicio se extiende a su hija Emma Lozano en el caso de que contraiga matrimonio. Aclaro que en la actualidad el doctor Jorge Lozano A., contrajo matrimonio por lo eclesiástico y como consecuencia de esto hoy día tiene una persona que lo acompaña".

La providencia recurrida dice al respecto: "Es indudable que la ausencia definitiva de la esposa y madre impuso la necesidad no ya de la simple guisandera (sic), sino de otra persona que al mismo tiempo que cuidara de la casa, atendiera a la niña en los meses de vacaciones mientras estuvo en el colegio. Pero estas atenciones no son de cargo de una institutriz como la que describen los peritos, sino de una persona que con seriedad y juicio tuviera capacidad para disponer el manejo de la casa y servir a la niña en sus asuetos, persona cuyo sueldo no se estableció en forma alguna". "Los peritos hacen la consideración de que el ama de llaves debía cuidar tanto de la niña como del doctor Lozano, pero él seguramente no necesita de cuidados distintos de los del manejo de la casa, máxime si, como dice el testigo Orejuela, contrajo ya matrimonio por los ritos de la religión católica".

El señor Agente del Ministerio Público, dice: "Cree la Procuraduría que no se trata de buscar la suma que ordinariamente se paga a una institutriz para que atienda a una hija, sino concreta y realmente cuál fue la suma que el señor Lozano pagó a una institutriz, mes por mes, para que atendiera efectivamente a su hija Emma. No se trata de avaluar el perjuicio que hubiera podido sufrir el actor, sino el daño que real y evidentemente sufriera. No es, pues, pertinente hacer averiguaciones para saber cuánto gana, en promedio, una institutriz de tales condiciones, sino determinar con precisión qué sueldo pagó el señor Lozano a la institutriz, si realmente la contrató para tal objeto. Falla, pues, también el dictamen por este aspecto".

Por su lado el apoderado de la parte actora se refiere a este aspecto de la reclamación en la siguiente forma: "Afirma el Tribunal que las declaraciones de los testigos Orejuela y Arciniegas, si bien demuestran que el doctor Lozano tiene a su servicio una ama de llaves, estima que no son suficiente prueba porque no hablan del estipendio que le paga. Creo que en esta parte el Tribunal hace una errada interpretación del fallo de la Corte, porque no se trata de acreditar por medio de recibos los gastos que haya hecho el doctor Lozano, sino de fijar en especie el valor del perjuicio que "efectivamente" ha sufrido por la muerte de su esposa. No puede negarse que es perjuicio efectivo la ausencia de la persona que dirigía el hogar de los demandantes, la que no podrá ser reemplazada debidamente en ningún caso, como expresamente lo reconocen los peritos en su dictamen. Si la Corte ha determinado en varios casos que para la valoración de un perjuicio de esa naturaleza se debe tener en cuenta el estipendio que se pagaría a una persona que reemplaza a la esposa y a la madre en el cuidado del hogar, no ha querido con ello circunscribir el monto de la indemnización a las sumas de dinero que el padre haya pagado por tal concepto, sino que se limita a dar un criterio conforme al cual debe hacerse la valoración del perjuicio".

No encuadran bien dentro del espíritu de la sentencia que hizo la condenación **in genere** las alegaciones del señor Agente del Ministerio Público en relación con este punto ya que no se quiso hacer la cuenta, mes por mes de la suma que el señor Lozano pagó a una institutriz, sino más bien —como lo sostiene el apoderado del demandante— se ordenó la regulación encaminada a avaluar los perjuicios derivados de la muerte de su esposa desde la época del siniestro hasta el tiempo durante el cual la indemnización deba cubrírsele. Por ello es materialmente imposible la presentación de cuentas en la forma que exige la vista fiscal.

El aspecto del problema que se debate es otro: saber si estos perjuicios se causaron y cuál es su precio. Ya se ha dicho que la sentencia no encontró las bases para determinar el **quantum** de un perjuicio material que la misma halló justificable, y en consecuencia dio la oportunidad al demandante para que dentro del incidente demostrara los que efectivamente recibió por razón de su viudez. ¿Qué medios adoptó el actor para probarlo? Trajo dos declaraciones de testigos —a las que se ha hecho referencia— en las cuales se afirma que el señor Lozano mantiene una ama de llaves desde el año de 1938; y, además, un dictamen pericial que considera que al señor Jorge Lozano debe mantenérsele, de por vida aquella empleada a la cual hay que pagarle la cantidad de ochenta pesos mensuales ($ 80.00), sin que en ningún momento se trate de demostrar —como lo exigió la sentencia que se cumple— si esos servicios eran indispensables para el cuidado de su hija y para aliviar su condición de viudez.

De otro lado, es evidente que si el interesado optó por el procedimiento de colocar a su hija en condición de interna en un colegio, y los gastos que ello demandaron van a serles reconocidos, no puede exigir al mismo tiempo el pago de una institutriz con igual objeto, porque implicaría un doble reconocimiento por la misma prestación.

Como conclusión de los anteriores argumentos, 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 auto recurrido y en su lugar resuelve:

1º Fíjase en la cantidad de $ 2.040.00 la indemnización que la Nación debe pagar al doctor Jorge Lozano A. por los perjuicios materiales que le fueron reconocidos en la sentencia de esta Corte, de fecha 10 de diciembre de 1942.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado.— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna. Nicolás Llinás P., Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA. — RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

1. — La Corte ha visto en el artículo 2356 del Código Civil una presunción que opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad. La falta de diligencia o cuidado en el obrar, que es la culpa, en tratándose de cosas peligrosas adquiere mayor extensión y contenido. Es diferente la acción que ejerce el hombre sobre cosas inofensivas, y la que desarrolla sobre elementos virtualmente peligrosos. El cuidado en los segundos es mucho más exigente, presupone la plenitud de la atención porque el descuido o la falta de vigilancia insignificantes, o el detalle menos notorio, podrán producir la catástrofe. Ello coloca al autor del daño en circunstancias de que tenga que acreditar, para destruir la presunción de culpa, un motivo o causa satisfactoria y suficiente de exoneración que no deje duda de la previsión con que procedió. Y las únicas causas que en casos tales dejan satisfecha la conciencia del juzgador son acontecimientos constitutivos de hechos positivos de relievada gravedad, que por sí mismos están indicando la ausencia de toda culpa, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de agente extraño o de la propia víctima.

Desde hace tiempo viene diciendo la Corte que en la culpa civil no se tiene en cuenta la voluntad ni malicia en la ejecución del hecho, sino que basta con que se establezca plenamente que a otro se infirió daño para que proceda la acción de cobro de perjuicios. Y lo mismo ha dicho respecto de la responsabilidad de la administración por la realización de los servicios públicos, cuya base debe buscarse únicamente en la EXISTENCIA DE PERJUICIOS INDIVIDUALES. La jurisprudencia de varios países considera hoy al Estado sujeto a reglas de responsabilidad análogas, en conjunto, a las que pesan sobre los particulares y las personas jurídicas de derecho privado. Va desapareciendo así la antigua teoría de que las entidades de derecho público eran irresponsables de los daños causados por sus representantes y agentes cualesquiera que fueran la calidad y el volumen de esos daños. Se modificó la teoría más reciente de que tales entidades solamente por excepción podían ser civilmente responsables.

2. — Siempre que un derecho ha sido violado injustamente, la víctima ha de tener acción para restaurarlo, aunque la violación no haya causado otros perjuicios que el de sembrar molestias e inquietudes. La restauración comprende, desde luego, la completa satisfacción a la víctima por los dispendios, embarazos o gravámenes que la violación le haya producido. Los daños objetivados deben ser indemnizados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente:
Doctor Germán Alvarado).

El doctor Ernesto Ruiz Manrique, como apoderado le José María Espitia, Carmen Elisa Martín de Espitia y María Aurora Espitia, propuso juicio ordinario contra la Nación, para que mediante los trámites establecidos en el Capítulo II, Título XVIII del C. J., declare en sentencia definitiva:

"1º Que la Nación es responsable y debe pagar a José María Espitia, en su propio nombre, a la menor María Aurora Espitia, representada por su padre, y a la señora Carmen Elisa Martín de Espitia, en su propio nombre, el valor de los perjuicios materiales y morales que sufrieron con ocasión de la muerte del menor Jesús Enrique Espitia, ocurrida el 13 de noviembre de 1941, en las horas de la mañana, en la esquina que forma la calle 11 con la carrera 16 de esta ciudad, y motivada por atropello violento que el cuerpo del citado menor recibió con la camioneta número 7786 de propiedad de la Policía Nacional, manejada por el chofer Ernesto Vivas R.

"2º Que el valor de los perjuicios sea fijado en el curso del juicio o al ejecutar la sentencia".

Los hechos básicos de esta demanda pueden resumirse así:

1º Jesús Ma. Espitia fue muerto violentamente el trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno cuando lo arrolló la camioneta número 7786 en la intersección de la calle 11 con la carrera 16 de esta ciudad. El vehículo manejado por Ernesto Vivas R. corría a demasiada velocidad.

2º A Vivas, chofer de la Policía Nacional, se acusa de imprevisión en el manejo del carro.

3º El Inspector Tercero de Circulación halló prueba para detener a Vivas, y en efecto lo detuvo.

4º En el día del siniestro Vivas prestaba el servicio de chofer a la Policía.

5º El accidente fue la causa de la muerte del menor Enrique Espitia.

6º "El chofer señor Ernesto Vivas R. había sido sancionado antes del 13 de noviembre de 1941, por la Inspección Primera de Circulación, según Resolución número 393 de fecha 23 de mayo de 1941".

7º El vehículo estaba registrado como de la pertenencia de la Policía Nacional.

8º El menor Jesús Enrique Espitia como estudiante consagrado y de capacidades constituía una promesa para sus padres y hermana.

9º Compañero de sus padres lo era especialmente para doña Carmen Elisa; y

10º Del matrimonio Espitia Martín eran hijos los menores María Aurora y Jesús Enrique.

Como disposiciones de derecho aplicables al caso, invoca la demanda las del Título XXXIV, Libro IV del C. C., el artículo 1494 del mismo, y el 1º de la ley 95 de 1890.

El Honorable Tribunal Superior de Bogotá recibió la demanda y ordenó que se diera conocimiento al señor Fiscal, quien la contestó diciendo que los hechos 1º, 2º, 4o., 5o., 8o. y 9o. no le constan; que no niega ni acepta el 7o. y el 10º; del 3º que debe probarse y del 6º que no es conducente. Se opuso formalmente a que se hagan las declaraciones impetradas, y anuncia que en oportunidad propondrá excepciones.

Abierto a pruebas el juicio en el primer grado, la parte actora adujo las que estimó convenientes. Por la contraparte ninguna prueba vino a la instancia. Y como del término de alegatos no aprovecharon las partes, en pos de la citación para sentencia, fue ésta proferida por el Honorable Tribunal en estos términos:

"Primero. La Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios morales puramente subjetivos sufridos por los señores José María Espitia, Carmen Elisa Martín de Espitia y María Aurora Espitia, como consecuencia de la muerte trágica de su hijo y hermano Jesús Enrique Espitia, ocurrida el día trece de noviembre del año próximo pasado en una de las calles de esta ciudad.

"Segundo. En consecuencia, se condena a la Nación a pagar a los expresados señores José María, Carmen Elisa y María Aurora, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente para cada uno de los dos primeros y la de quinientos ($ 500.00) para la última, por concepto de dichos perjuicios.

"Tercero. No procede la condena sobre perjuicios materiales ni morales objetivados, y por ello se absuelve a la Nación de tales cargos.

"Cuarto. No hay lugar a costas".

Salvaron sus votos dos de los Magistrados del Tribunal.

No satisfizo la sentencia a ninguna de las partes, y por recurso que ambas interpusieron, ha venido el negocio a la Corte.

Corrido aquí el traslado al señor Procurador, y hecha la fijación en lista, solamente del derecho de alegar aprovecharon ambas partes, porque ninguno pidió pruebas. Tampoco concurrieron a la audiencia pública. Hízose la citación para fallo de segundo grado, y procede ahora su pronunciamiento, ya que, revisados los autos, ninguna causal de nulidad se advierte en ellos.

La Corte considera:

El **quid** de la cuestión a resolver es lo que el libelo expresa en estos términos: "la Nación es responsable y debe pagar el valor de los **perjuicios materiales y morales** ocasionados por la muerte del menor Jesús Enrique Espitia". El Tribunal sentenciador se limita a reconocer que la Nación es civilmente responsable de **perjuicios morales puramente subjetivos** sufridos por los tres demandantes, y en el numeral 3º absuelve a la Nación del cargo de haber causado perjuicios **materiales** con el accidente ocurrido en las calles de Bogotá el trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Propio es de la Sala de Negocios Generales el terreno sobre el cual va a desarrollar su trabajo (artículo 37, C. J.) Para metodizarlo, conviene ahora examinar: la personería de los reclamantes; las pruebas de ella y de los demás hechos básicos de la acción; las cuestiones sobre responsabilidad; y por último, los términos de la indemnización.

1º — **La personería.** — Al folio 8 del cuaderno principal obra una partida de origen eclesiástico, según la cual en la Parroquia de Facatativá contrajeron matrimonio José María Espitia y Carmen Elisa Martín. Contraído el vínculo el 29 de septiembre de 1928 cuando eran de recibo como pruebas principales del

estado civil las actas existentes en los archivos parroquiales (artículo 22, Ley 57 de 1887) se puede tener como acreditada la personería de los mencionados Espitia y Martín para intervenir en este juicio como padres legítimos de Jesús Enrique Espitia, nacido el 28 de julio de 1932. El nacimiento lo acredita la copia de la partida expedida por el mismo Párroco y en la misma forma de la del matrimonio de que se acaba de hablar. Con arreglo a lo dispuesto en la ley 92 de 1938 (artículo 19), debe reconocerse que Jesús Enrique Espitia tuvo la calidad de hijo legítimo. La defunción del menor está probada con la partida notarial visible al folio 10 del cuaderno número 1. Y como la calidad legal de padres legítimos les da a los esposos Espitia Martín derecho a sucederlo y a representarlo en todos sus derechos transmisibles (artículo 18, Ley 45 de 1936), está patentizado el interés jurídico que a tales señores Espitia y Martín asiste para pedir la indemnización por el daño causado por la muerte que tempranamente le sobrevino a su hijo. Idénticas razones les asiste para pedir en nombre y representación de la menor María Aurora, ya que ella procede del mismo matrimonio como lo acredita la partida agregada al folio 14 del cuaderno principal.

2º — **El siniestro.** — Del relato que los señores María del Carmen Beltrán de Contreras y Juan de J. Fonseca hicieron primeramente ante el Juez Cuarto Civil Municipal de Bogotá y luégo ante el Tribunal en el término de pruebas, resulta lo siguiente: en las horas de la mañana del día trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, bajaba por la calle 11 de Bogotá la camioneta de la Policía distinguida con el número 7786, manejada por Ernesto Vivas Rincón a tiempo que en contraria dirección subía un bus. Unos metros arriba de la carrera 16 se cruzaron los dos vehículos cuando coincidencialmente atravesaba la calle 11 el menor Jesús Enrique Espitia. Como la camioneta de la Policía bajaba a considerable velocidad, golpeó violentamente al menor, lanzándolo a varios metros de distancia. El cuerpo quedó tendido en el pavimento y sangraba copiosamente. La frenada del carro dejó como diez metros de huella, y así pudo medirlo un empleado de la circulación (comprobantes folios 12 v. a 13 v. del cuaderno número 1; y 2 a 3 v. del cuaderno número 3).

La Oficina Central de Medicina Legal certificó con fecha 17 de noviembre de 1941 que "la causa de la muerte del menor Jesús Enrique Espitia fue una fractura traumática del cráneo, hecho comprobado en la autopsia" (comprobante folio 5, cuaderno número 1).

La Inspección Tercera de Circulación hubo de certificar por su parte, que allí se inició sumario en averiguación de la responsabilidad de Ernesto Vivas por el accidente que tuvo lugar el trece de noviembre citado, en la esquina de la carrera 16 con la calle 11 de esta ciudad (comprobante fol. 1 v., cuaderno número 1).

Al contestar la demanda el señor Fiscal desconoció la ocurrencia que motivó la investigación de que hablan las autoridades de tránsito y que es base también del presente proceso civil. Pero después, en memorial elevado al Tribunal durante el término de pruebas, afirma que el hecho ocurrió "en esta ciudad de Bogotá el día trece de noviembre de 1941" (fol. 1, cuaderno número 2).

3º — **La responsabilidad.** — No hay duda de que Jesús Enrique Espitia murió a consecuencia del atropello de que fue víctima. Y no la hay tampoco de que quien manejaba la máquina que produjo el daño fue Ernesto Vivas R.

Sobre esas bases la litis fue planteada así: El accidente ocurrió por imprevisión del chofer Ernesto Vivas R.; la camioneta era de la Policía Nacional; el conductor era empleado de la misma institución y en el día del suceso operaba como tal — no obstante que la Inspección Tercera de Circulación había tenido que sancionarlo ya por daños que causó con el manejo de vehículos — luego es la Nación la responsable del daño, y ella debe ser obligada a repararlo.

Que no tenía licencia válida el conductor de la camioneta 7786 en el día en que por ella fue arrollado el menor Espitia, lo afirma la Inspección Primera de Circulación en el certificado visible al folio 6 v. del cuaderno número 1, y explica el por qué había tenido que suspender a Ernesto Vivas en el oficio de chofer: A principio del año de 1941 Vivas conducía otra camioneta, la cual chocó contra un automóvil. Declarado Vivas responsable por Resolución de 23 de mayo de 1941, el Inspector Primero de circulación le impuso multa y lo condenó al pago de los daños causados. El imprudente manejo del día 13 de noviembre, acusa, por tanto, una reincidencia, ya que, como queda dicho, hay pruebas de que Vivas llevaba la máquina a gran velocidad sin reparar en que corría por calles de gran afluencia de gentes y en horas en que las actividades ciudadanas empiezan a intensificarse.

Se ha buscado aquí una reparación civil del daño causado con la muerte del menor Jesús Enrique Espitia, por aplicación del Título XXXIV, Libro IV del C. Civil, reglamentario "de la responsabilidad común por los delitos y las culpas". Estatúyese en ese Título que los directores de establecimientos y los empresarios pueden ser responsables del hecho cometido por las personas que están bajo su cuidado (in-

ciso quinto del artículo 2347); que los patrones pueden responder por el daño que causen sus criados con ocasión del servicio que les presten (artículo 2349); y se halla allí también la regla general según la cual todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta (artículo 2356).

Acuden esos textos a la mente del juzgador en casos como el presente, en que se trata de averiguar si la condición de subordinado que Vivas tiene respecto de la Nación en el ramo policivo, compromete al Estado y si a éste se puede obligar a indemnizar el daño.

La Policía no es propiamente empresa pública, como no lo son la Educación Nacional o la Administración de Justicia. Pero la Policía sí dirige un servicio público de vigilancia y mantenimiento del orden y la seguridad, que puede catalogarse entre los más importantes de los que el Estado le presta a los ciudadanos.

El informe que el Jefe del Personal y Archivo de la Policía Nacional le da al Director General, y que puede leerse al folio 2 v., dice: "Ernesto Vivas Rincón sí pertenece a la Institución y el día 13 de noviembre del año en curso desempeñaba el cargo de chofer de segunda clase de la XI División de Bomberos". El Capitán encargado del mando de la División de Bomberos, por su parte, informa: "El señor Ernesto Vivas Rincón presta sus servicios en esta unidad como chofer de segunda clase, y el día 13 de los corrientes se encontraba manejando el carro de prisión 7786 de propiedad de la Policía Nacional, y el mismo día en las horas de la mañana tuvo un accidente de circulación que ocasionó la muerte de un menor que respondía al nombre de Jesús Enrique Espitía". (Véase folio 3, cuaderno número 1). De la oficina de Placas de la Tesorería Municipal procede, finalmente, la certificación de que "el propietario del camión Chevrolet distinguido con el motor número T-2323378 es de la Policía Nacional, matriculado en junio de 1940 y dueño hasta hoy de dicho camión según libros de inscripción. Queda certificado que el 13 de noviembre del presente año la Policía Nacional era dueña del camión a que se refiere el memorialista. Camión placas números 7786 de Bogotá" (comprobante del folio 7).

Las pruebas dejan, pues, plenamente establecido que cuando el menor Espitia fue arrollado, el vehículo que lo atropelló era de la Policía Nacional y lo manejaba Ernesto Vivas, miembro entonces activo de la institución. El señor Procurador Delegado al descorrer el traslado que para alegar se le dio en la segunda instancia del juicio, hubo de reconocerlo así (fol. 3, cuaderno número 4).

Nada hay en el caso **sub judice** que dé fundamento para afirmar que el niño Espitia se hubiera expuesto imprudentemente al fracaso, y que por esa imprudencia hubiera de compartir la responsabilidad por aplicación del artículo 2357 del C. Civil, como parece insinuarlo el señor Procurador Delegado en el alegato que se acaba de mencionar. Al respecto la Corte ha visto en el artículo 2356 del C. C. "una presunción que opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad. La falta de diligencia o cuidado en el obrar, que es la culpa, en tratándose de cosas peligrosas adquiere mayor extensión y contenido. Es diferente la acción que ejerce el hombre sobre cosas inofensivas, y la que desarrolla sobre elementos virtualmente peligrosos. El cuidado en los segundos es mucho más exigente, presupone la plenitud de la atención. Por qué? Porque el descuido o la falta de vigilancia insignificantes, o el detalle menos notorio, podrán producir la catástrofe. Ello coloca al autor del daño en circunstancias de que tenga que acreditar, para destruír la presunción de culpa, un motivo o causa satisfactoria y suficiente de exoneración, que no deje duda de la previsión con que se procedió. Y las únicas causas que en casos tales dejan satisfecha la conciencia del juzgador son acontecimientos constitutivos de hechos positivos de relievada gravedad, que por sí mismos están indicando la ausencia de toda culpa, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de agente extraño o de la propia víctima". (Sentencia de fecha 15 de junio de 1944, de la Sala de Negocios Generales).

Con base en tales doctrinas y en vista de los comprobantes, cabe decir que Ernesto Vivas como agente del servicio de Policía y con ocasión del mismo servicio, cometió la imprudencia de echar a toda velocidad la camioneta que victimó al menor Jesús Enrique Espitia, y esa culpa del agente Vivas compromete la responsabilidad de la Nación por el daño que su subordinado cometió. Y no le valdría a la entidad alegar que Vivas se comportó del **modo impropio** que el artículo 2349 del C. Civil admite como defensa de los patrones. Porque los representantes de la Nación en la Policía sí pudieron preveer esa desatentada conducta de su subordinado, pues éste había mostrado ya poco acato por los reglamentos de

tráfico y ellos mismos se vieron obligados a sancionarlo.

Esta Sala ha tenido que ocuparse en distintos fallos de la responsabilidad del Estado por hechos de sus agentes o representantes y ha asentado doctrinas que han estado aplicándose cuando quiera que de aquella entidad se han perseguido indemnizaciones de esa laya.

El por qué de la responsabilidad lo ha fundado la Corte en estas razones:

"Las entidades de derecho público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cause daño a un tercero.

"Estas personas jurídicas que son creaciones de la ley, capacitadas para adquirir derechos y desprenderse de ellos, actúan siempre por intermedio de personas naturales — agentes o representantes — que comprometen a aquellas 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".

Al caso de autos viene muy especialmente a cuento lo que en fallo de 9 de diciembre de 1942 dijo la Sala de Negocios Generales: "por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasione daño a terceros 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".

4º — **La indemnización.** — De muy atrás (Casación de 11 de febrero de 1897), viene diciendo la Corte que en la culpa civil no se tiene en cuenta la voluntad ni la malicia en la ejecución del hecho, sino que basta con que se establezca plenamente que a otro se infirió daño, para que proceda la acción de cobro de perjuicios. Análoga doctrina asentó la Corte en fallo reproducido por la sentencia que se revisa respecto de la responsabilidad de la administración por la realización de los servicios públicos (fallo de 30 de junio de 1941). La Corte estima allí que la base de la responsabilidad de la administración debe buscarse únicamente en la **existencia de perjuicios individuales.** ¿Qué decir, entonces, cuando resulte incuestionable que los funcionarios de la administración pudieron evitar la comisión del acto dañino con sólo abstenerse de ocupar al subordinado que en reciente ocasión había causado daños por inobservancia de reglamentos previsivos?

La jurisprudencia de varios países considera hoy al Estado sujeto a reglas de responsabilidad análogas, en conjunto, a las que pesan sobre los particulares y las personas jurídicas de derecho privado. Va desapareciendo así la antigua teoría de que las entidades de derecho público eran irresponsables de los daños causados por sus representantes y agentes cualesquiera que fueran la calidad y el volumen de esos daños. Se modificó la teoría más reciente de que tales entidades solamente por excepción podían ser civilmente responsables.

El Honorable Tribunal **a-quo** tomó, como expositivos de una situación **moral** lesionada con el siniestro a los hechos marcados en el libelo con los ordinales 8º, 9º y 10º El primero de ellos, exalta al niño Jesús Enrique como una promesa para sus familiares; el que le sigue, expone el vacío que en el hogar deja quien allí fue compañero para su madre y su hermana especialmente; y el último, muestra la desintegración de una familia alegrada por la presencia de dos hijos, uno de los cuales, el varón, desaparece trágica e inesperadamente.

Los tres hechos confluyen a uno central: el del grave quebranto que en el hogar causó el inesperado fallecimiento del menor.

Siempre que un derecho ha sido violado injustamente, la víctima ha de tener acción para restaurarlo, aunque la violación no haya causado otros perjuicios que el de sembrar molestias e inquietudes. La restauración comprende, desde luego, la completa satisfacción a la víctima por los dispendios, embarazos o gravámenes que la violación le haya producido. "Es de general conveniencia que todo el mundo pueda participar de este modo a la defensa del orden jurídico concurriendo a la lucha por el derecho", según la expresión de Ihering.

La promesa que se trunca, la compañía que se pierde, la alegría que se opaca, afectan ciertamente la parte íntima del ser y, en veces, esas conmociones anímicas tienen repercusiones en la economía de quien las sufre. Los daños, así objetivados, merecen ser indemnizados. La disposición del artículo 2341 del C. Civil no clasifica el daño: todo daño in-

ferido a otro debe indemnizarlo la parte que lo haya causado.

Con todo, el Juez, en el trance final del juicio, tiene que aplicar el derecho basado en los hechos que plenamente se le hayan demostrado; y a las cuestiones de hecho no puede darles alcance distinto del que les marque la disputa habida entre las partes después de haber pasado ella por el crisol de las probanzas. Aplicando esos principios, si al Tribunal **a-quo** no se le demostró el quebranto que en la economía de los padres y la hermana del menor Espitia hubiera causado la muerte de éste, tenía que limitarse a garantizarles el pago de lo que aparezca plena y racionalmente establecido, y nada más (artículos 593 y 471, C. Judicial).

La circunstancia de la menor edad de Jesús Enrique Espitia descarta la idea de que él ayudara a sufragar los gastos del hogar o los de educación y establecimiento de su hermana también menor. Ni consta que el menor hubiera tenido peculio particular, de cuya administración y goce derivaran ganancias materiales quienes reclaman indemnización por su deceso. La Sala comparte, por ello, el concepto que el Tribunal **a-quo** expuso en estos términos: "no era ni es un hecho cierto que la vida del menor representara para sus padres y hermana un bien patrimonial propio, ni por lo tanto, que la privación de ella signifique para los demandantes un perjuicio material cierto, susceptible por lo tanto de reparación civil".

El distinguido abogado que lleva la vocería de quienes reclaman la indemnización le critica al Tribunal el que haya dicho que la muerte de una persona, como el menor Espitia, no puede considerarse como un quebranto de orden económico que dé lugar a resarcimiento de perjuicios materiales.

En desarrollo de su crítica, dice el doctor Ruiz Manrique en primer lugar, que la consideración de que el menor no representa en el momento del siniestro una capacidad productiva inmediata, equivale "a considerar como inexistentes o ineficaces las normas del orden moral y legal que son la vida y esencia misma de la sociedad". Discurre luégo sobre las obligaciones y derechos entre padres e hijos para hacer hincapié en que la regular andanza de esas relaciones entre padres e hijos redunda para aquéllos en una compensación representada por la ayuda que los hijos han de suministrarles en la ancianidad y en otras circunstancias críticas de la vida, a cambio de "las calamidades y sinsabores" que a los padres ocasiona el criarlos y educarlos.

Las propias palabras del señor abogado sirven para demostrar la tesis de que el perjuicio sufrido por los Espitias, padres y hermana, es de orden moral. ¿Podrá acaso admitirse que el padre se pudiera sentir acreedor del hijo, en el sentido material, por haberlo criado y haberle procurado la educación? ¿Ni cómo podría sentirse y declararse un hijo acreedor material de sus padres por haber sido solícito con ellos y por haber procurado conservar la vida de esas personas que le fueron las más necesarias en la edad primera, y que habrán de serle las más útiles en el transcurso de todas las demás? Así se explica que los profesores Planiol y Ripert digan que si la pretensión de que un perjuicio moral pueda subsanarse con dinero, es criticable por aquello de que cualquiera suma constituiría una ganancia para la víctima y una pena privada para el condenado, más criticable es el que se aleguen ante los Tribunales — para traducirlos en dinero — sentimientos que, precisamente, deben distinguirse por su carácter desinteresado. (Tratado Práctico de Derecho Civil. Tomo VI, número 456).

La Corte, en fallo de trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, advierte al respecto:

"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 el afecto 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 **proetium 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 moral-pecuniario, como así lo llaman Josserand y Demogue, pero que es más bien la necesaria afirmación de la injusticia cometida, al quebrantarse el 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".

El que el Tribunal haya dado aplicación en el caso de autos al artículo 95 del C. Penal, ha motivado otra crítica del señor abogado. Cuando la Corte, de acuerdo con el espíritu de la disposición que acaba de nombrarse ha adoptado la cuantía que allí se fija, ha pensado en que una pena, cuanto más intensamente irrumpa a lo interior, y cuanto más perdure allí, menos susceptible es de apreciación en dinero. Conviene reproducir, al propósito, lo que en el fallo citado atrás, dejó asentado la Corte:

"Tal criterio de la satisfacción por el daño moral

y no de su reparación, es el que se halla previsto en la ley colombiana, para 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 imposibilidad que existe de reconocer la indemnización común por el perjuicio. En el orden material del perjuicio se avalúa aplicando simplemente un criterio racional y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuese acertada debería basarse en la estimación del perjudicado. Pero si ésta rigiese, el **quantum** de la indemnización sería el que por aquél se señalara, lo que es inadmisible. Como la reparación no puede alcanzarse aplicando las reglas ordinarias para fijar el monto de perjuicios, se pronuncia la ley ordenando una satisfacción, según 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 ordinaria establecida en la ley civil como norma para todos los daños, es aceptado el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, de acuerdo con el artículo 95 ya visto".

El señor Procurador termina su alegato pidiéndole a la Corte que declare probada la concurrencia de culpas de la Nación y del menor Jesús Enrique Espitia para que se rebaje considerablemente el valor de los perjuicios. Subsidiariamente solicita que se declare que no hubo perjuicios materiales ni perjuicios morales objetivados, y que el valor de los perjuicios morales subjetivos debe ser reducido sin que llegue al máximo establecido por la doctrina.

Ya se dijo atrás que el Tribunal no pudo tener en cuenta culpa achacable al menor victimado porque en ninguna parte del proceso aparece establecida esa prueba. También se dijo que a la segunda instancia no se trajo prueba por parte de la Nación apelante que viniera a llenar el vacío sobre el particular.

La petición subsidiaria puede ser acogida en su primera parte, porque ello concuerda con lo que hasta aquí deja expuesto la Corte. En cuanto a la fijación de la suma de dos mil pesos para cada uno de los padres, no encuentra razón para reducirla.

La Corte comparte la idea del Tribunal de que la corta edad de la menor María Aurora permite considerar que en ella la pena por la desaparición del familiar no fue tan honda como pudo serlo la de sus padres; y no ve injusto que se haya reducido el monto de la indemnización que por el perjuicio subjetivo se le deba a esa menor en la proporción que lo ha hecho el Tribunal. En materia de indemnizaciones a los dolientes de un accidente como el que privó de la vida al menor Jesús Enrique Espitia, piensa la Sala con los profesores Planiol y Ripert, que no se debe correr el riesgo de inflar hasta la exageración el monto de las indemnizaciones o de reducir a lo ínfimo las indemnizaciones individuales. Y que, bajo ese punto de vista, es aconsejable que se tenga en cuenta el orden de preferencia o de consecuencia determinado por la ley en materia de sucesiones. El criterio no debe ser el de indemnizar a todos los que sin prueba se digan lastimados con el deceso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

RESTITUCION DE TERMINOS

Dentro de la noción de caso fortuito que define el artículo 1º de la ley 95 de 1890, no puede considerarse como tal el recargo de trabajo que haya tenido una persona para que sea dable la solicitud sobre restitución de términos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Dentro del juicio ordinario que el doctor Arturo Fabio Manotas inició contra la Nación sobre propiedad de un inmueble situado en el municipio de Barranquilla, han venido a la Corte, en apelación, dos autos proferidos por el Tribunal Superior de esa ciudad el 6 de junio de 1945 y el 4 de junio del mismo año, respectivamente. El primero negó la solicitud del señor Fiscal sobre restitución del término probatorio; y el segundo declaró infundadas las objeciones que el doctor Luis Felipe Palacio formuló, por error grave, a un dictamen pericial rendido por los doctores Antonio Moreno Vives y Efraín Pereira Fuenmayor.

Una vez surtida la tramitación que ordena para estos casos el artículo 502 del C. J. la Sala pasa a decidir las apelaciones interpuestas contra los dos autos.

La primera de las providencias apeladas recayó a una solicitud formulada por el señor Fiscal en que pedía la restitución del término de prueba fundada en el recargo de trabajo de la Fiscalía y aduciendo como base legal el artículo 372 del C. J. que dice: "Cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse la restitución de él por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva". El Tribunal estimó inaceptable la circunstancia alegada como fuerza mayor por no ser ella cuestión que pueda tenerse como un acontecimiento imprevisto que incapacite absolutamente a un funcionario para hacer uso del término de prueba.

La Corte considera acertada la manera como el Tribunal puso fin a la articulación que surgió con motivo de la solicitud del Agente del Ministerio Público. En la ley 95 de 1890, artículo 1º, "se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Y como la restitución de un término sólo puede hacerse cuando ha ocurrido un caso fortuito o de fuerza mayor según la norma que el señor Fiscal citó, hay que concluír que su solicitud no puede prosperar puesto que no siendo el recargo de trabajo un hecho imprevisible e irresistible, no constituye caso fortuito ni fuerza mayor, y por lo tanto no da origen a la restitución solicitada sobre términos de prueba.

Con esta apreciación de la Corte se halla de acuerdo el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Debe pues confirmarse esta providencia.

En el escrito en que el doctor Luis F. Palacio, apoderado especial de la Nación objetó de error grave el dictamen pericial rendido por los doctores Efraín Pereira y Antonio Moreno Vives, se afirma que el dictamen es descarnado y sin fundamentación, que en el juicio no se encuentran suficientes elementos probatorios para deducir el valor que fijan los peritos como precio al terreno avaluado, que el origen del derecho del demandante no justifica la suma a que asciende el avalúo, que la gravedad del error consiste en que los peritos han perdido el sentido de las proporciones, que no se ha hecho una mensura precisa del terreno para poder justipreciar exactamente su cabida y poder deducir con acierto el valor de su arrendamiento, etc.

Acerca de estas observaciones se expresa así el Tribunal: "En sentir de la Sala, todas las razones señaladas por el doctor Palacio como generadoras del error que él considera existente en el experticio de autos, consisten más que todo en la deficiente fundamentación del mismo. Para que exista error grave es necesario la existencia de conceptos objetivamente equivocados, es decir,

cuando los expertos hacen afirmaciones sobre determinadas peculiaridades de una cosa y que en realidad no las tiene. En otras el error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la cosa materia sometida a la pericia. Cosa distinta es la falta de fundamentación de un dictamen pericial, circunstancia ésta que no engendra error grave. Cuando tal cosa sucede, entonces, la ley señala los medios de que pueden valerse las partes y el juzgador para conseguir una mayor ampliación, explicación o claridad en el experticio, si se observase que existe deficiencia u oscuridad en la explicación".

El señor Procurador Delegado en lo Civil al descorrer el traslado que se le dio para que emitiera concepto admite como jurídica la providencia dictada por el Tribunal y se manifiesta en desacuerdo con los motivos en que el señor apoderado especial de la Nación fundamentó su recurso.

Siendo la entidad demandada la única parte apelante y habiendo manifestado, como se advierte arriba, por medio de su representante legal, conformidad con la providencia que se revisa, ésta debe confirmarse, ya que las partes se hallan acordes en admitirla como jurídica, lo que elimina toda controversia y hace innecesario su estudio por la Sala.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA los autos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 6 de junio y el 4 de julio de 1945, en este juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado C. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

DICTAMEN PERICIAL

En el caso de autos no puede declararse debidamente fundado el dictamen pericial, pues la apreciación de esa prueba sólo procede al momento de fallar. Lo contrario sería prejuzgar la cuestión esencial con motivo de incidentes que se presentan en el juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En providencia anterior la Sala confirmó los autos proferidos por el Tribunal Superior de Barranquilla, sobre restitución de un término y sobre objeciones, por error grave, a un dictamen pericial.

El doctor Luis Felipe Latorre solicita reposición de esa providencia en cuanto confirmó la relativa a las objeciones por error grave al dictamen de los peritos, no porque esté en desacuerdo con la confirmación dada por la Corte sino porque desea que se adicione en el sentido de "declarar que el dictamen rendido el 12 de mayo de 1945, por los doctores Antonio Moreno Vives y Efraín Pereira Fuenmayor, está debidamente fundamentado, o que la apreciación dada por el H. Tribunal de Barranquilla en auto de 4 de julio último no debe tenerse en cuenta por injusta y extemporánea".

La solicitud del señor apoderado del demandante referente a que se declare fundado el dictamen pericial que fue objetado por error grave no puede hacerlá la Sala, la apreciación de esta prueba sólo procede al momento de fallar, y en un incidente sobre objeción como el decidido por el Tribunal de Barranquilla solamente puede resolverse sobre las tachas u objeciones que se formulen oportunamente a los conceptos de los expertos. En este particular ha dicho la Corte: "La valoración del mérito probatorio en los juicios no tiene más oportunidad que la que ofrece el estudio a fondo del proceso para dictar la sentencia. Otra cosa, sería prejuzgar la cuestión esencial con motivo de incidentes, que en materia de probanzas sólo pueden encaminarse a hacerlas posibles o hábiles legalmente, pero no a apreciar obligatoriamente su valor en auto de especial y previo pronunciamiento".

Tampoco hay lugar a decidir que son extemporáneas las declaraciones hechas por el juez de primera instancia, pues el mismo Tribunal advierte en su providencia que "el dictamen tachado por el doctor Luis Felipe Palacio podría **cuando más** considerarse no debidamente fundamentado, **cosa que será materia de examen en su debida oportunidad,** pero en ninguna manera aparece viciado de error grave". No encuentra la Corte procedente declarar que el anterior concepto es "injusto o inoportuno", pues el mismo Tribunal advierte que no ha llegado la oportunidad de hacer el examen de esa materia.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirma la providencia dictada por ella el catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco en este negocio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado C. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

PENSION

Planteada por el actor la cuantía de la pensión, si es de conformidad con la ley 22 de 1942 en su artículo 1º, o en armonía con el 73 de la ley 6ª de 1945, reformatorio de aquél, la Sala opta por aplicar esta última disposición, pues ninguna razón legal ni de derecho hay para que el Juez, en los casos como el que se debate, se abstenga de aplicar la norma posterior y reformatoria de otra disposición que en el primitivo libelo de demanda hubo de invocarse. Las leyes que regulan esta materia son de carácter eminentemente social, de aplicación inmediata.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre dieciseis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Nicasio Anzola presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá demanda contra la Nación, el día seis de diciembre del año próximo pasado, con el fin de que se le decrete una pensión mensual vitalicia de conformidad con la ley 22 de 1942 y la ley 67 de 1943 equivalente a la mitad del mayor sueldo que devengó como Consejero de Estado durante un año en propiedad, es decir, por la suma de doscientos cincuenta pesos. Posteriormente, en memorial de fecha 16 de abril del presente año, el peticionario pide que la fijación de la cuantía se haga en la suma de quinientos pesos de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 73 de la ley 6ª de 1945.

Para hacer la anterior solicitud el demandante adujo estos documentos:

Primero. Copia de los nombramientos y de las actas de posesión con las cuales comprueba haber desempeñado los siguientes empleos: a) Fiscal Segundo del Circuito de Bogotá desde el 30 de mayo de 1895 hasta el 22 de junio del mismo año; b) Fiscal del Juzgado Primero Superior de Bogotá desde el 23 de julio de 1895 hasta el 31 de julio de 1896; c) Juez Primero Superior de Bogotá desde el 8 de octubre de 1896 hasta el 22 del mismo mes inclusive, es decir por 15 días; d) Juez Cuarto del Circuito de Bogotá por un período de 3 meses; e) Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá desde el 5 de agosto de 1909 hasta el día 31 de julio de 1913; f) Juez de Menores de Bogotá, cargo que ejerció por un mes y nueve días; g) Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cargo que ejerció por un año y nueve días; h) Magistrado de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca desde el día 23 de marzo de 1914 al 5 de noviembre del mismo año; i) Consejero de Estado desde el 2 de diciembre de 1926 hasta el 18 de septiembre de 1928 y desde el 19 de septiembre de este mismo año al 4 de octubre de 1932 y desde el 5 de este mes y año hasta el 30 de noviembre de 1936; j) Representante a la Cámara durante las legislaturas de 1919, 1920, 1921, 1922, 1923, 1924, 1925 y 1926 (folios 26 v., 27, 14 y 27, 69 v., 68 v., 20 v., 79 v., 80 y 81 v., 86 v., 53, 38, 39, 40, 82 v., 65 v. del C. Nº 1, respectivamente).

Segundo. Partida de bautismo (fol. 6 del C. número 1), con la cual comprueba ser mayor de sesenta años.

Tercero. Declaraciones de los doctores José Antonio Montalvo y Liborio Escallón (fols. 1 y 2 del C. Nº 1), con las cuales acredita su buena conducta.

Cuarto. Certificado del señor Administrador de Hacienda Nacional (fl. 3 del C. Nº 1), en el cual se constata que el demandante doctor Nicasio Anzola no figura como contribuyente a la renta en los registros de esa Administración.

Con fundamento en la anterior documentación y en lo dispuesto por las leyes 22 de 1942 y 57 de 1943 el Tribunal Superior de Bogotá en providencia de fecha 25 de julio del presente año, declaró:

"1º Reconócese a favor del doctor Nicasio Anzola, vecino de Bogotá, y a cargo del Tesoro de la Nación, pensión de jubilación de conformidad con la ley 22 de 1942 y por la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) mensuales. 2º Esta pensión se reconoce a partir del diez y seis (16) de abril del año en curso, fecha de la presentación

de la corrección de la demanda. 3º La pensión de ochenta pesos mensuales que le había sido reconocida al doctor Nicasio Anzola por sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de febrero de 1939, a que se refiere la parte motiva, queda suspendida a partir de la misma fecha; y las sumas que posteriormente hubiese recibido por razón de ella, deberán descontarse del monto de la pensión que por este fallo se reconoce..."

Interpuso contra esta sentencia recurso de apelación el señor Fiscal del Tribunal y es así como la Corte conoce de él y entra a decidirlo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil al corrérsele en traslado el asunto observó: Que el peticionario doctor Nicasio Anzola tiene derecho a la pensión que reclama y que el monto de ésta está bien fijado por el juez a-quo en armonía con lo dispuesto por el artículo 73 de la ley 6ª de 1945: Y que "La tesis de la Fiscalía sobre inaplicabilidad de la ley 6ª de 1945 por ser posterior a esta demanda" y también la tesis sostenida al decir que "el derecho del demandante debe estar respaldado por leyes preexistentes a la época en que se presenta a la justicia en efectividad de ese derecho, y bajo tal situación se traba la litis, sin que pueda admitirse ahora una petición nueva fundada en leyes que no exitían cuando el demandante formuló su querella", no tienen en opinión de este despacho, fuerza suficiente. Basta observar que el derecho que se reclama fue reconocido por las leyes 22 de 1942 y 67 de 1943. Lo que sufrió modificación fue la cuantía de la pensión, y no el derecho a ésta. De tal modo que el doctor Anzola sí tenía derecho a la pensión mencionada cuando instauró su demanda. Además, el actor puede reformar su demanda; y esto fue precisamente lo que hizo el doctor Anzola. Además, si el fallador no diera aplicación al artículo 73 de la Ley 6ª de 1945 sino al artículo 1º de la Ley 22 de 1942 por considerar que esta última fue la disposición citada en el libelo, caería en el gravísimo error de dar aplicación a una norma legal inexistente..."

Consideraciones de la Corte

Los requisitos exigidos por el artículo 2º de la ley 22 de 1942 están cumplidos por el demandante doctor Anzola, si se tiene en cuenta, como lo anota el Tribunal, lo dispuesto por la ley 67 de 1943 en cuanto ésta permite la acumulación de otros servicios distintos a los prestados en el Organo Judicial, en lo Contencioso Administrativo y en el Ministerio Público, los cuales se hallan especialmente mencionados en dicha ley, artículo 6º que dice: "Artículo 6º El ordinal a) del artículo 2º de la ley 22 de 1942 quedará así: a) Haber servido al país en los puestos del Organo Judicial, del Ministerio Público o de lo Contencioso Administrativo por un término no menor de veinte años. En este término de servicio se contará y acumulará el que se hubiere prestado en uno o varios destinos o en ejercicio del cargo de Presidente de la República, Ministro del Despacho Ejecutivo, Gobernador del Departamento, Senador o Representante al Congreso".

Con base en este artículo 6º reformatorio del 2º de la ley 22 de 1942, el doctor Anzola acompaña los documentos necesarios que demuestran haber servido éste en los puestos expresados por más de veinte años. La buena conducta, la edad necesaria y la carencia de medios para su congrua subsistencia, están debidamente comprobados por el actor en el proceso. Respecto de esta última prueba, y la estimación legal que de ella se hace, la Sala considera que la pensión de que goza actualmente el peticionario doctor Anzola por la suma de ochenta pesos mensuales, y que le fue decretada en retribución a sus servicios en el Magisterio por más de quince años, cesa automáticamente en sus efectos por el reconocimiento y pago de la pensión materia del presente juicio y desde la fecha en que ésta se decrete.

En cuanto a la cuantía de la pensión la Corte la fija en la cantidad de quinientos pesos mensuales, mayor sueldo devengado por el demandante en su calidad de Consejero de Estado durante un año en propiedad, apoyándose para ello en lo dispuesto por el artículo 73 de la ley 6ª de 1945. El doctor Anzola al presentar su libelo de demanda, pide que la pensión que se le decrete sea por la suma de doscientos cincuenta pesos mensuales con base en el artículo 1º de la ley 22 de 1942. Posteriormnete modifica su petición en el sentido de que sean quinientos pesos, e invoca el artículo 73 de la ley 6ª de 1945.

Sobre éste punto, la Corte ya expresó su pensamiento: "...Planteada por el demandante ante la Sala la cuantía de la pensión, si es de conformidad con la ley 22 de 1942 en su artículo 1º o en armonía con el artículo 73 de la ley 6ª de 1945 reformatorio de aquél, la Sala opta por aplicar esta última disposición en el presente caso, por encontrarlo jurdico...." (Sentencia pronunciada en el juicio especial sobre pensión seguido por Servio Tulio Aranguren contra la Nación, de fe-

cha 19 de septiembre de 1945). Ninguna razón legal ni de derecho hay para que el juez en los casos como en el que aquí se debate se abstenga de dar aplicación a la norma posterior y reformatoria de otra disposición que en el primitivo libelo de demanda hubo de invocarse. Las leyes que regulan esta materia son de carácter eminentemente social, de aplicación inmediata. Y a ellas se ha acogido de modo expreso el demandante.

Observa finalmente la Corte que al no compartir el señor Procurador Delegado en lo Civil las apreciaciones de orden jurídico que le sirvieron al señor Fiscal del Tribunal para proponer el recurso de apelación, ha venido a dejar éste último sin base, lo que implícitamente equivale a un desistimiento.

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 pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha julio veintiocho del año en curso.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado C. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

PROSPERA LA EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA POR HABERSE ENTABLADO LA ACCION PETITORIA DE PROPIEDAD DEL SUBSUELO DE UNOS TERRENOS, ANTES DEL JUICIO BREVE Y SUMARIO QUE DEBIO ENTABLARSE ANTE LA CORTE

Interpretada la demanda en consonancia con la presunta intención del demandante y con el alcance y fin de las disposiciones legales del régimen de petróleos en nuestro país, parece conclusión aceptable la de que aquella propende a conseguir el aniquilamiento de la intervención administrativa inicial y previa, dentro de la plenitud de su significado genuino en los casos de los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 160 de 1936; a la completa eliminación de los juicios breves y sumarios que han de seguirse ante la Corte, y aún se aspira a más, que es a suplantar de una vez y con todos sus efectos jurídicos propios, la posible acción ordinaria que correspondería entablar a quien llegare a recibir fallo adverso en el juicio breve y sumario sobre propiedad de los petróleos. De donde se sigue que habría de ser el resultado del juicio actual la suplantación de la actuación administrativa inicial, así como del juicio breve y sumario, y aún, en su caso, el juicio ordinario posterior, con la mira de proceder luégo como si ya todo estuviera fallado de manera definitiva, con fuerza de cosa juzgada, y como tal intocable para las autoridades administrativas y judiciales. De forma que merced a esta razonable interpretación del alcance e intención de la demanda, o sea, que se pretende con ella la completa subrogación en concreto, de la reglamentación jurisdiccional y procesal de la ley 160 de 1936, se llegará a la conclusión de que tal subrogación implica el que éntre a conocer el Tribunal en una primera instancia del juicio ordinario cuando la Corte no ha llegado a conocer aún en única instancia respecto a tal juicio breve y sumario, cuyo seguimiento y decisión es necesidad ineludible para los efectos de la ley del petróleo (artículos 5º, 6º y 7º antes citados) y como medida que es de orden público. Por donde se concluye que no ha podido adquirirse por el Tribunal Superior la correspondiente jurisdicción para conocer del presente juicio ordinario, con los alcances que indudablemente se le pretende dar por el demandante en la demanda y según la interpretación de ella a la cual se ha venido haciendo referencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock).

La Sociedad Anónima "TEXAS PETROLEUM COMPANY", constituída de acuerdo con las leyes del Estado de Nueva Jersey en los Estados Unidos de América, con sucursal establecida en Colombia y domiciliada en Bogotá, presentó ante el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 31 de mayo de 1944 demanda contra la Nación, a efecto de obtener, por sentencia definitiva, la siguiente declaración:

"Que "Texas Petroleum Company" es dueña de las substancias o elementos del subsuelo que según el sistema legal colombiano pertenecen al propietario de terrenos que salieron del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, tales como el hierro, el carbón, el gas, el petróleo y demás hidrocarburos y en general, los minerales no denunciables o registrables y que se hallen o puedan hallarse en predio rural de "La Ceiba", situado en jurisdicción del municipio de Puerto Liévano y deslindado así: 'Desde la boca del caño de "El Retiro" en el río Magdalena, en línea recta al paso de las Mulas en la quebrada de "La Ceiba"; de aquí en línea recta, la más corta, al filo de la cordillera del río Grande; de aquí siguiendo por la cima de esta cordillera hacia el Norte, hasta caer al río Negro; éste aguas abajo hasta la confluencia con el río Magdalena, y éste aguas arriba hasta la boca del caño de "El Retiro", punto de partida' ".

Solicitó en subsidio que "se declare que "Texas Petroleum Company" es dueña de la tercera parte proindiviso de las substancias o elementos del subsuelo que según el sistema legal colombiano pertenecen al dueño de terrenos que salieron del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, tales como el hierro, el carbón, el gas, el petróleo y demás hidrocarburos y en general, los minerales no denunciables o registrables, que se hallen o puedan hallar-

se dentro del perímetro de las antiguas propiedades reunidas denominadas "Pesquerías" o "Pescaderías", "Bodegas de Bogotá" y "La Vuelta de la Madre de Dios", en jurisdicción de Puerto Liévano y Guaduas y cuyos linderos generales, que abarcan conjuntamente dichas propiedades, son los siguientes: 'Desde la confluencia de los ríos Magdalena y Negro. por abajo de éste, aguas arriba, a dar al primer cerro; hacia el sur, por todo lo alto de dicha serranía de río Grande o San Antonio, a dar a la quebrada de "El Penitente"; esta quebrada aguas abajo, a dar al río Magdalena y éste aguas abajo hasta la boca del río Negro, primer lindero'. De este globo de terreno así determinado se excluye "La Garcera", cuyo dominio privado fue reconocido por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de octubre de 1904, alindando así: 'Por el sur, desde el peñón denominado "La Gárcera", siguiendo hacia el oriente, hasta el pie del cerro de donde sale la quebrada de Ambrosio (hoy llamada La Garcera); de aquí siguiendo hacia el norte, hasta encontrar el nacimiento de la quebrada de Purnio; de este punto, quebrada abajo, hasta su desembocadura en el río Magdalena; de aquí, río arriba hasta el peñón de La Garcera, primer lindero'.

Finalmente la parte demandante formuló la siguiente súplica:

"Subsidiariamente, en uno y otro caso de los contemplados en la petición principal o de la subsidiaria, alego expresamente y pido que se declare la prescripción adquisitiva del dominio, ya sea ordinaria o extraordinaria, así: de la totalidad de las substancias o bienes a que se refiere la petición principal, y que se hallen o puedan hallarse en predio de "La Ceiba", tal como fue alindado en dicha petición; o de la tercera parte de esas mismas substancias o bienes que se hallen o puedan hallarse en los terrenos de "Pesquerías o Pescaderías", "Bodegas de Bogotá" y "La Vuelta de la Madre de Dios", por los linderos generales expresados en la petición subsidiaria".

Consisten los hechos fundamentales de la demanda en una relación ordenada de los títulos o fuentes jurídicas del dominio actual a cuyo reconocimiento aspira la Compañía demandante.

Respecto a los fundamentos de derecho en que apoya la demanda misma, expresó el demandante lo que a continuación se transcribe:

"Como fundamento de derecho invoco las siguientes disposiciones: Artículo 1º de la Ley 160 de 1936; artículos 740 y siguientes del Código Civil; artículos 1401, 2512, 2517 y concordantes de la misma obra; Recopilación de Leyes de las Indias, ley 14, título 12, Libro 4º, Cédula de San Lorenzo; Cédula de San Idelfonso de 2 de agosto de 1780 y demás disposiciones sobre prescripción de la legislación española; artículo 5º de la Ley de 11 de octubre de 1821; artículo 879 del Código Fiscal de 1873 y demás disposiciones sobre prescripción expedidas bajo la República; artículos 76, numeral 1º, 176, numeral 3º, y 737 y siguientes del Código Judicial".

Admitió el Tribunal la demanda referida por auto de 3 de junio de 1944 y dispuso correr traslado de ella al señor Agente del Ministerio Público. Este, o sea en el caso actual el señor Fiscal Segundo del Tribunal, propuso oportunamente las excepciones dilatorias de **inepta demanda** y de **declinatoria de jurisdicción,** excepciones que hubieron de ser sustanciadas en el Tribunal del conocimiento hasta finalizar con el auto de 23 de marzo de 1945, en el cual fueron declaradas inadmisibles como dilatorias las excepciones propuestas.

Interpuso recurso de apelación el señor Agente del Ministerio Público, recurso que le fue concedido por el Tribunal en auto de 12 de abril último.

Ante la Corte se ha tramitado el recurso de alzada en debida forma, y se halla en estado de dictar la decisión de segundo grado.

Como lo observa el Tribunal Superior, funda el señor Fiscal la excepción de inepta demanda en que ésta "no reúne los requisitos legales", y también, para el caso de no prosperar esta causal de la supuesta ineptitud en que, no obstante ello, sería inepta la demanda "por habérsele dado una tramitación distinta de la que le corresponde" y según lo que estatuye el ordinal 3º del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil.

Para dar fundamento a la excepción referida en cuanto se alega que la demanda "no reúne los requisitos legales", el señor Fiscal excepcionante argumenta así:

"La llamada acción declarativa del dominio o sea la que se endereza primordialmente a conseguir el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre un bien determinado, por regla general se puede ejercitar en cualquier tiempo por quien se pretenda titular de ese derecho. Pero esta norma general que permite ejercer la acción declarativa del dominio en todo tiempo y sin sujeción a requisitos especiales, sufre una excepción clarísima cuando se trata de definir, o declarar, la propiedad del petróleo. En efecto: de conformidad con los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 160 de 1936, reformatoria de la Ley 37 de 1931, los particulares que se crean dueños de un determinado subsuelo petrolífero y quieran desvirtuar la presunción legal que considera del Estado todo el petróleo existente en el subsuelo nacional mientras no se haya demostrado judicialmente lo contrario,

tienen dos caminos a seguir: o presentan lo que se denomina un 'aviso de exploración con taladro' (artículo 7º de la Ley 160 citada) o, si se ha formulado al Gobierno alguna propuesta de contrato que afecte sus presuntos derechos, presentan la correspondiente 'oposición' (artículo 5º, ibidem). En el primer caso, o sea cuando se trata de un aviso de exploración con taladro, pueden presentarse dos situaciones: que el Ministerio del Ramo encuentre fundadas las pretensiones de quien ha dado el aviso como dueño del subsuelo petrolífero correspondiente, y entonces así ha de reconocerlo, o que el mismo Ministerio estime infundadas tales pretensiones y decida, en consecuencia, remitir el asunto a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para decisión sumaria. En el segundo caso, o sea cuando se trata de oposiciones a las propuestas del contrato, sólo puede acontecer que el Ministerio envíe el expediente de propuesta y la oposición presentada para la decisión de aquel mismo Tribunal. Pero en ambos casos y cualquiera que sea el resultado de tales gestiones previas, la parte perdidosa, ya sea la Nación, ya el avisante o el opositor, podrá intentar en vía ordinaria las acciones de derecho común que crea tener a su favor, siempre y cuando lo haga DENTRO DE LOS DOS AÑOS siguientes a la fecha de la sentencia que pronuncie la Sala de Negocios Generales de la Corte o de la Resolución que profiera el Ministerio, según se trate de 'avisos de exploración con taladro' enviados a aquella Sala para decisión sumaria, o de 'oposiciones' admitidas, o de avisos de exploración hallados justos en sus pretensiones por el Ministerio y decididos por la simple vía administrativa.

"Una atenta observación de las disposiciones legales anteriores y de las normas ESPECIALISIMAS que en ellas se establecen demuestra sin lugar a dudas cómo entre nosotros el reconocimiento de la propiedad del petróleo no puede hacerse sino en un doble proceso, administrativo y judicial al mismo tiempo, cuya primera etapa está integrada por actuaciones administrativas indispensables como lo son el aviso de exploración con taladro que se debe presentar al Ministerio y la oposición a una propuesta de contrato, actuaciones éstas que, seguidas de la intervención breve y sumaria por parte de la Corte, marcan, según se ha visto, el punto de partida para contar el único término en que es posible intentar acciones de derecho común referentes a la propiedad del subsuelo petrolífero.

"Así, pues, resulta claro que en Colombia la acción declarativa del dominio sobre el petróleo, no es viable 'en cualquier tiempo' sino sólo y exclusivamente cuando habiendo mediado una oposición o un aviso de exploración con taladro de que tratan los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 160 ya citada, comienza a contarse el término de dos años allí mismo señalado. Esto fue lo que se propuso el legislador de 1936: no dejar la valiosa industria del petróleo a merced de contingencias judiciales que se pudieran intentar en cualquier tiempo; por eso restringió el ejercicio de tales acciones al corto tiempo que allí mismo se indica. Consúltese si no los antecedentes de esa ley.

"Tratándose pues del petróleo, la acción declarativa de su dominio no sólo está restringida en el tiempo conforme queda explicado, sino que se halla condicionada a una de dos circunstancias: que haya habido una oposición o un aviso de exploración con taladro y que ella se ejercite precisamente dentro del término señalado en los artículos legales que se dejan invocados.

"En el caso a que me refiero no median estas circunstancias esenciales, y por lo tanto, no ha empezado a correr el término dentro del cual se pudiera ejercitar legítimamente la acción que ahora se ejercita; faltando, pues, las condiciones esenciales para que se pueda establecer una acción declarativa del dominio sobre el petróleo, es obvio que la demanda de la **Texas Petroleum Company** es inepta al tenor de lo dispuesto en el artículo 333 del Código Judicial, inciso primero".

Respecto a la otra causal de ineptitud de la demanda alegada por el señor Fiscal, o sea aquélla consistente en habérsele dado a la demanda presentada por la Texas Petroleum Company "una tramitación distinta de la que le corresponde", la sustenta el excepcionante en los siguientes términos:

"..... según se ha visto, la definición sobre la propiedad del petróleo está sujeta entre nosotros a un proceso integrado por la actuación administrativa ante el Ministerio del Ramo, por un juicio breve y sumario surtido ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, y, finalmente, por un juicio ordinario que debe establecerse dentro de los dos años inmediatamente posteriores, por la parte en ello interesada. Estas actuaciones forman el curso **especial** y **sui generis** que deben seguir invariablemente todos los litigios que persigan la definición o declaración sobre propiedad del petróleo. Pero como en este caso de la demanda de la Texas se han salvado las dos primeras etapas de este proceso, es decir, no se ha dado aviso de exploración con taladro ni se han hecho oposiciones a propuestas de contrato sobre las tierras determinadas en la demanda, resulta obvio que el demandante ha dado a su demanda 'un curso distinto del que le corresponde', lo cual destaca su ineptitud conforme al citado inciso 3º del artículo 333 del C. J."

Ahora bien: observa con razón el Tribunal, después de un estudio detenido de la materia, que la excepción de inepta demanda, basada en "no reunir ésta los requisitos legales" (ordinal 1º del artículo 333 del Código Judicial), sólo tiene cabida en el caso de que a la demanda le faltare alguno de los requisitos que se refieren al modo de formularla y "cuando el Juez no la rechazare, siendo ésta su obligación".

De consiguiente, y por cuanto sostiene el Tribunal que la demanda de la cual aquí se trata no carece de los requisitos aludidos, en relación con este aspecto del debate, resultaría ser inobjetable el proveído dictado por aquella corporación.

Interesa, sin embargo, advertir desde ahora que a la conclusión de la ineptitud de la demanda habrá de llegarse más adelante en este fallo pero por vía de consecuencia del reconocimiento de la excepción de **declinatoria de jurisdicción** también propuesta por el representante de la parte demandada.

Pasando ahora a estudiar la otra causal propuesta sobre ineptitud de la demanda, así como la excepción aludida de "declinatoria de jurisdicción", se observa que el Tribunal expresa a estos respectos lo siguiente:

"De otro lado, la Ley 160 de 1936 no establece de manera expresa, ni de ella puede deducirse, que las cuestiones sobre el dominio del petróleo estén necesariamente subordinadas al ejercicio previo, como se alega, del procedimiento administrativo a que ella se refiere; este procedimiento habrá de seguirse cuando se demanda ante el Gobierno la autorización para explorar y explotar petróleos reputados como de propiedad privada; y en curso de él surja discusión o duda sobre ese derecho de propiedad, las cuales se resolverán breve y sumariamente por la Sala de Negocios Generales de la Corte ..... Pero del hecho de que esta decisión surja la facultad en el perjudicado con ella para incoar las acciones a que crea tener derecho para la efectividad de sus pretensiones, no puede deducirse la subordinación a dicho procedimiento de las acciones ordinarias referentes al dominio que se propongan o hayan de proponerse por circunstancias o por motivos distintos de aquellas propuestas.

"Finalmente, según el artículo 734 del C. J., el procedimiento del juicio ordinario es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no disponga que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario. La acción declarativa de dominio, por no tener señalado por la ley un trámite especial, se sigue por la vía ordinaria; y como ella se dirige contra la Nación, el Tribunal es competente para conocer del juicio, en armonía con lo preceptuado por el artículo 76, ibidem".

Interesa observar ahora que el señor Procurador Delegado en lo Civil hubo de limitarse, en la presente segunda instancia del incidente, a expresar lo que a continuación se transcribe:

"Una vez tramitado el respectivo incidente, el Honorable Tribunal lo decidió en providencia fechada el 23 de marzo del mismo año, providencia por medio de la cual declaró inadmisibles como dilatorias las excepciones propuestas por el señor Fiscal y ordenó, en consecuencia, que de conformidad con el artículo 337 del C. J. la parte demandante diera contestación a la demanda dentro de dos días.

"El asunto ha llegado a esa Honorable Corte en virtud del recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal contra la mencionada providencia de 23 de marzo que decidió el incidente de excepciones.

"Estudiando detenidamente este negocio, este despacho no encuentra nuevos argumentos que presentar en respaldo de la tesis sostenida por el señor Fiscal del Honorable Tribunal en su memorial de excepciones. Pero considera la Procuraduría de gran interés doctrinario y práctico que esa Honorable Corte siente doctrina definitivamente sobre los problemas aquí debatidos, especialmente si puede iniciarse un juicio ordinario como éste, sin que previamente se haya llevado a cabo trámite alguno administrativo, en virtud de avisos u oposiciones tramitadas ante el Ministerio de Minas y Petróleos, y si, por otra parte, la excepción que en tal evento haya de proponer la parte demandada para enervar la acción puede sustanciarse como dilatoria o sólo como perentoria.

"Dejando, pues, la solución de estos delicados problemas a la sabia interpretación de esa Honorable Corte, me limito a dar por reproducido en este escrito el memorial de excepciones presentado ante el Honorable Tribunal por el señor Fiscal, para que las razones allí expuestas sean tenidas en cuenta por esa superioridad".

La Sala considerá:

Cierto es que cuando se trata de una propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleo que se estima de propiedad nacional, o de aviso de exploración con taladros, puede surgir, dentro de los términos de la ley 160 de 1936, la necesidad de adelantar un juicio sumario previo sobre el dominio privado del petróleo, juicio que ha de iniciar en calidad de actor quien estime que el yacimiento respectivo es de su propiedad particular. Y que surtido este

juicio podría surgir luégo, y dentro del plazo fijado por la ley, un juicio ordinario y definitivo acerca de tal propiedad (artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 160 de 1936).

Pero precisamente, si no es el caso de propuesta de exploración o explotación de yacimientos petrolíferos que el proponente haya considerado de propiedad del Estado, ni de aviso de exploración con taladro dado por quien se considera propietario del petróleo en calidad de propiedad privada, al no estar cumplidas estas condiciones, pudiera estimarse, a primera vista, que los principios generales de derecho común, especialmente sobre jurisdicción y procedimiento, recobran para el caso su pleno imperio.

Podría, en efecto, argumentarse de esta manera: si la propia ley 160 de 1936 ha reconocido la existencia de yacimientos de hidrocarburos de dominio particular y privado, sería manifiesto que el supuesto propietario particular goza de la correspondiente acción **petitoria** para que, mediante audiencia de legítimo contradictor, se declare la existencia de ese dominio por los Tribunales ordinarios.

El ejercicio de tal acción es atributo propio del derecho real de dominio (artículos 665 y 669 del C. C.)

Y el procedimiento normal y adecuado para el ejercicio de la acción respectiva sería el juicio ordinario al tenor de lo establecido en el artículo 734 del Código Judicial, que reza:

"El procedimiento de que trata este Título es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario".

Y se explicaría así que, en casos de la naturaleza del presente, el trámite ordinario sea el adoptado por el actor, precisamente por cuanto se parte del supuesto, que parece corresponda a la realidad de lo que ocurre en este asunto, de no existir actualmente propuesta alguna de contrato que esté pendiente en el Ministerio respectivo, ni aviso de exploración con taladro dado éste por la entidad demandante, es decir, por la **Texas Petroleum Company.**

Y sería entonces competente para el conocimiento del juicio de que se viene hablando el Tribunal Superior en primera instancia y esta Sala de Negocios Generales de la Corte en el segundo grado del juicio (artículos 37 y 76 del Código Judicial).

Y de todo ello parece sería posible concluír en definitiva que no han de prosperar las excepciones dilatorias propuestas por el señor personero del Estado.

Conviene sin embargo observar, ante todo, que la intervención administrativa previa del Gobierno Nacional en el caso del aviso de perforación como en el caso de oposición a una propuesta, así como la intervención subsiguiente de la Corte en única instancia, y mediante el seguimiento de un juicio breve y sumario, y la muy especial participación oficial en lo administrativo del señor Procurador General de la Nación, participación establecida en el artículo 6º citado de la ley 160 de 1936, son especiales medidas de orden público económico con las cuales se procura desde luego un control particularísimo de parte del Estado en relación con la propiedad y aprovechamiento del petróleo. Y, para el efecto de lograr el beneficio a la vez del Estado y de los particulares interesados en la exploración y explotación de tal petróleo existente en el territorio nacional, se procura también con aquéllas disposiciones legales especiales, que la exploración y explotación pueda conseguirse dentro de corto plazo (y aunque en la práctica no se logre siempre esta finalidad), y de ahí la institución del procedimiento administrativo previo y del juicio **breve y sumario** a que se acaba de hacer alusión.

Y no habrá de olvidarse ahora en relación con lo que se acaba de expresar que este simple trámite administrativo previo, y sin necesidad de procedimiento judicial anterior, es trámite que puede conducir a la inmediata declaración oficial "de que se puede iniciar y adelantar la exploración con taladro o la explotación proyectada" cuando el dominio privado, por no haber lugar a observación sobre los títulos, aparece suficientemente claro a juicio del Gobierno. (Véase inciso 1º del artículo 7º de la Ley 160 de 1936).

Así como tampoco ha de perderse de vista que la sentencia firme dictada por la Corte en el juicio breve y sumario cuando se trata del correspondiente a una oposición hecha a la propuesta para celebrar, con el Estado, contrato de exploración y explotación de petróleos, y sin necesidad de esperar la decisión en juicio ordinario, puede llevar a la inmediata celebración con el proponente del contrato respectivo. (Véase inciso último del artículo 5º de la Ley 160 de 1936).

Así como tampoco ha de perderse de vista que la sentencia firme dictada por la Corte en el juicio breve y sumario cuando se trata del correspondiente a una oposición hecha a la propuesta para celebrar, con el Estado, contrato de exploración y explotación de petróleos, y sin necesidad de esperar la decisión en juicio ordinario, puede llevar a la inmediata celebración con el proponente del contrato respectivo. (Véase inciso último del artículo 5º de la Ley 160 de 1936).

Y que lo mismo ocurre cuando, dentro del término fijado por la ley, no se presenta oposición, con

las pruebas conducentes, de parte del supuesto propietario particular del yacimiento a una propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleo considerado por tal proponente como de propiedad nacional; es decir, que a falta de tal oposición puede procederse a la celebración del correspondiente contrato cuya celebración haya sido propuesta al Gobierno Nacional, mediante el adelantamiento franco de la tramitación de la propuesta respectiva y sin lugar a esperar decisión alguna previa de carácter judicial.

Y haciendo de nuevo referencia en concreto al proceso actual, es lógico y pertinente estimar, que entra sin duda alguna, dentro de las intenciones de la parte demandante el llegar a la ulterior exploración con perforación y aun a la explotación del yacimiento respectivo en ejercicio de los atributos propios del dominio que alega; y que justamente por tal motivo ha sido instaurada la demanda en consideración.

Además, resulta presumible que si llegare a formularse una propuesta de exploración y explotación por parte de un extraño, la Compañía demandante aspire, mediante un fallo favorable en el presente asunto, a desalojar con plena eficacia jurídica al proponente del área en donde éste pretende situarse y en cuanto afecte el bien objeto de este juicio.

Habrá de observarse ahora que, interpretada la actual demanda en consonancia con la presunta intención del demandante según se acaba de expresar y con el alcance y finalidad de las disposiciones legales del régimen de los petróleos en nuestro país, parece ser conclusión aceptable el que propende aquella pieza jurídica a conseguir el aniquilamiento de la intervención administrativa inicial y previa, dentro de la plenitud de su significado genuino en los casos de los citados artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 160 de 1936; a la completa eliminación de los juicios breves y sumarios que han de seguirse ante la Corte; y aún más que se aspira, con la demanda, a suplantar, de una vez y con todos sus efectos jurídicos propios, la posible acción ordinaria que correspondería entablar a quien llegara a recibir fallo adverso en el juicio breve y sumario sobre propiedad de los petróleos.

De donde se sigue que habría de ser el resultado práctico del presente juicio la suplantación de la actuación administrativa inicial, así como del juicio breve y sumario; y aún, en su caso, el juicio ordinario posterior, y con la mira de proceder luégo como si ya todo estuviera fallado de manera definitiva, con fuerza de cosa juzgada, y como tál intocable para las autoridades administrativas y judiciales.

De forma que merced a esta razonable interpretación del alcance e intención de la demanda, o sea que se pretende con ella la completa subrogación en concreto, de la reglamentación jurisdiccional y procesal de la Ley 160 de 1936, se llegará a la conclusión de que tal subrogación implica el que éntre a conocer el Tribunal en una primera instancia del juicio ordinario cuando la Corte no ha llegado a conocer aún en única instancia del juicio breve y sumario y no obstante su competencia privativa respecto a tal juicio breve y sumario, cuyo seguimiento y decisión es de necesidad ineludible para los efectos de la ley del petróleo (artículos 5º, 6º y 7º antes citados) y como medida que es de orden público.

Por donde se concluye que no ha podido adquirirse por el Tribunal Superior la correspondiente jurisdicción para conocer del presente juicio ordinario, con los alcances que indudablemente en la demanda se le pretende dar por el demandante, y según la interpretación de ella a la cual se ha venido haciendo referencia.

Y es que si, en armonía con el artículo 148 del Código Judicial, los superiores usurpan jurisdicción cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores, **a fortiori** usurpan jurisdicción los jueces inferiores cuando proceden a conocer de un asunto con la pretermisión patente de todo un ciclo procesal, del cual en realidad legalmente no puede prescindirse, y cuyo conocimiento corresponde privativamente al superior, es decir, en el caso actual a la Sala de Negocios Generales de la Corte.

Se sigue de lo expuesto que el Tribunal Superior de Bogotá carece de jurisdicción, y por lo que respecta a la propiedad de los hidrocarburos, para conocer del presente asunto, cuya iniciación se ha llevado a cabo sin el seguimiento previo del juicio breve y sumario correspondiente; y, que, en tal virtud hay lugar a declarar por este aspecto la excepción dilatoria de **declinatoria de jurisdicción.**

Cumple advertir ahora, para terminar la presente resolución, que la demanda de la **Texas Petroleum Company tiene** súplicas no sólo acerca del dominio de los hidrocarburos sino también referentes a otras sustancias minerales, tales cómo el hierro, el carbón, "y en general los minerales no denunciables o registrables y que se hallen o pueden hallarse en el predio rural de la CEIBA, etc". Y es bien sabido que el régimen de la ley del petróleo con la conocida institución de los juicios breves y sumarios, etc., de los cuales se ha venido hablando en el presente auto, no comprende, o no es aplicable a esos otros mi-

nerales, que también son objeto de la demanda en este asunto judicial.

Empero la acumulación de acciones en la demanda, es decir, una respecto a la cual es competente el Tribunal, o sea la referente a los minerales de que se acaba de hablar y la restante o sea la atinente a los hidrocarburos respecto a la cual no existe tal competencia, es acumulación que conduce a la conclusión de la **ineptitud de la demanda** en su integridad y por cuanto, si es verdad que el artículo 209 del Código Judicial permite ejercitar varias acciones en una misma demanda, exige desde luego como requisito indispensable para ello que el Juez sea competente para conocer de las acciones todas. De donde se sigue que la actual demanda no reúne los requisitos legales y que existe por tanto la ineptitud de aquélla como consecuencia de la falta de competencia del Tribunal para conocer de una de las acciones, o sea, de la acción **petitoria sobre los hidrocarburos.**

Por lo demás la conclusión a la cual se acaba de llegar tiene también cumplida aplicación cuando el Tribunal respectivo puede, por cualquier circunstancia legal, ser competente, para conocer por ejemplo de una petición subsidiaria presentada en la misma demanda, pero no lo es para conocer al propio tiempo de la acción principal allí instaurada, es decir que entonces la incompetencia de jurisdicción con respecto a una de las acciones acumuladas en un mismo libelo rectamente conduce a la ineptitud de la demanda. (Véase ordinal 3º del citado artículo 209 del C. J.)

En mérito de lo relacionado la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, REVOCA el asunto (sic) apelado de fecha 23 de marzo de 1945 dictado por el Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar declara probadas las excepciones dilatorias de **inepta demanda** y de **declinatoria de jurisdicción** propuestas por el señor Fiscal del Tribunal.

No hay lugar a condenación en costas.

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

(Firmados).

Aníbal Cardoso Gaitán, Germán Alvarado, Víctor Cock, Ramón Miranda, Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS— RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA-CONTRACTUAL

El artículo 39 de la ley 169 de 1896 establecía que la acción civil encaminada a obtener una indemnización podía intentarse "sin sujeción a la penal". Posteriormente, se expidió la ley 94 de 1938, que entró a regir el 1º de julio de ese mismo año, en virtud del artículo 724 de la misma. Esta nueva norma contiene el siguiente precepto, cuyos términos precisos fijan la orientación para enfocar las repercusiones de las cuestiones penales en las civiles: "La acción civil no podrá proponerse ante el Juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Según la referida disposición, la acción civil intentada o que pueda intentarse, en esas condiciones, queda extinguida.

Es un imperativo de orden público respetar semejante situación.

Un sobreseimiento definitivo, por ejemplo, puede basarse en que el hecho no se realizó o que carece de contenido culpable, lo que equivale a decir que la infracción, como tal, no existe. En estos casos la autoridad civil, sin producir una contradicción con la decisión penal, no podría considerar el hecho como infracción culposa, porque ello constituiría un conflicto entre dos resoluciones jurisdiccionales.

El pleito se inició con posterioridad a la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, y la tragedia, objeto de la demanda, ocurrió el 6 de octubre de 1939, por lo cual es indudable que el artículo 28, antes transcrito, es de irrevocable aplicación, habida consideración a que en el sobreseimiento definitivo se descartó la culpa del maquinista y se estimó que el accidente había sido la consecuencia de la negligencia de las personas que acompañaban a la niña.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El hecho capital originario de esta controversia, tal como lo acreditan los diversos elementos de convicción que en el particular adujeron las partes, ocurrió de esta manera:

El día 6 de octubre de 1939 se dirigieron a la Estación del Ferrocaril del Pacífico, en la ciudad de Cali, las niñas Lucila y Gertrudis Perdomo, la primera de 14 años, y la segunda de 3 años y 9 meses de edad, acompañadas por su amiga la señora Benilda Motta, con el fin de esperar a la señora Julia Perdomo, madre de dichas menores, quien debía llegar ese día en el tren de Popayán.

Como la señora Perdomo no llegara a Cali por aquella vía, las dos niñas y la señora Motta emprendieron el camino de regreso a su casa de habitación, situada en el barrio "Jorge Isaacs", a eso de las 6 y 30 minutos de la tarde, y a este efecto resolvieron cruzar el paso a nivel de la carrera 5ª, entre las calles 25 y 26, de la misma ciudad, paso a nivel que cortaba las dos principales carrileras tendidas sobre los patios de la Estación, y que era aprovechado por el público para ir del citado barrio "Jorge Isaacs" al centro de Cali, y viceversa.

La señora Motta y las niñas Perdomo, al tratar de pasar por sobre la primera de las dos vías férreas cortadas por el paso a nivel, con dirección occidente-oriente, fueron advertidas de que no lo hicieran en esos momentos, por el señor José Parra Gómez, agente de policía de ferrocarriles, encargado de la vigilancia del tránsito por el paso a nivel, debido a que una de las máquinas de la empresa se encontraba haciendo cambios con cuatro vagones sobre dicha línea, y además, porque estaba próximo a entrar a la Estación, por sobre la segunda línea férrea, el tren del Norte, proce-

dente de Armenia. El agente les dijo: **"No pasen porque el tren va a pasar".**

La señora y las niñas obedecieron en un principio la orden del agente policial, pero luego avanzaron varios metros hacia el norte del paso a nivel, y atravesaron en seguida la primera línea férrea. En estos precisos momentos, de acuerdo con lo que había previsto el agente, entró a la Estación el tren de Armenia, con sus faros encendidos y avanzando sobre la segunda de las mencionadas vías férreas, que aún no había sido atravesada por la Motta y las Perdomos. Estas permanecieron algunos momentos en el trayecto que queda libre entre las dos carrileras, pero luego las dos niñas —asustadas talvez por la presencia del tren de Armenia— volvieron precipitadamente sobre sus pasos, para atravesar nuevamente la primera carrilera y alcanzar la zona de seguridad, con dirección oriente-occidente. Esto lo intentaron las dos niñas en el momento en que por dicha carrilera avanzaba en reverso hacia el paso a nivel, el convoy que estaba haciendo cambios, empujado por la locomotora número 79, manejada por el maquinista Tomás Bravo. Lucila Perdomo logró su intento, mas no así Gertrudis, quien al tratar de imitar a su hermana, fue arrollada por el vagón delantero del referido convoy, y arrastrada por el mismo vagón hasta que vino a caer dentro de un hoyo o cárcamo, situado debajo de la carrilera, como a cuatro metros del sitio en que fue arrollada, y que se mantenía destapado con el fin de recibir la ceniza y el cisco de las máquinas. La violencia del golpe recibido por la niña Perdomo le produjo la muerte instantánea.

"En el momento en que ocurrió la cogida de la niña —dice el agente Parra Gómez— yo grité, pero como no me oyera el maquinista, dejé mi puesto y corrí hacia la locomotora y le hablé al fogonero, quien estaba en la casilla de la máquina, del lado oriental, y el convoy se paró". (Fls. 14 c. Nº I).

La diligencia de levantamiento del cadáver de la niña Perdomo, fue practicada poco tiempo después del accidente, por el inspector primero de policía de permanencia de Cali (fs. 92, c. Nº 8). La autopsia médico-legal practicóse al día siguiente, y los facultativos que intervinieron en esta diligencia, conceptuaron que "la menor murió a consecuencia de un fuerte traumatismo en accidente ferroviario, produciéndole un chock intenso, pues creemos que no hubo tiempo de hemorragia, porque debió morir instantáneamente". (Fs. 98 v, id.).

El proceso penal

Al inspector cuarto de policía municipal de Cali correspondió iniciar la investigación tendiente a descubrir a las personas que pudieran resultar penalmente responsables por la muerte violenta de la menor Gertrudis Perdomo. Al maquinista de la locomotora número 79, señor Tomás Bravo, se le sindicó de homicidio por tal motivo, y después de perfeccionada dicha investigación, el proceso pasó al conocimiento del Juez primero Superior de Cali. Este funcionario, después de oír al respectivo Agente del Ministerio Público, cuyo concepto fue favorable al sindicado, sobreseyó definitivamente en favor de éste, "por el delito de homicidio en accidente de tránsito", según providencia de 30 de marzo de 1940. El primer considerando de dicho fallo, que es el fundamental, está concebido así: "1º Que en la forma en que el testigo presencial narró los hechos (se refiere el Juez al agente de policía Parra Gómez, vigilante del paso a nivel), no se puede deducir culpa al procesado, y por lo tanto debe sobreseerse definitivamente a su favor". (Fs. 101, c. Nº 8).

Elevado el expediente por consulta ante el Tribunal Superior de Cali, esta entidad, oído el concepto del respectivo Fiscal, que también fue favorable al sindicado, resolvió confirmar el fallo consultado, en providencia del 25 de mayo siguiente, por estimar que "ninguna responsabilidad puede deducírsele al maquinista Bravo Camacho", ya que, en sentir del Tribunal, la niña Gertrudis fue arrollada "al pretender atravesarse en la vía con lamentable imprudencia". En el mismo fallo el Tribunal hizo esta observación final:

"Por último, bien está que el señor Juez del conocimiento investigue la responsabilidad que a la empresa del Ferrocarril del Pacífico le incumbe en casos como el de que se trata, por no haber colocado en el paso a nivel las seguridades necesarias a fin de evitar esta clase de acontecimientos". (Fs. 102, id.).

El juicio civil

La señora Julia Perdomo, hablando como representante legal de su hija Gertrudis y como heredera de ésta, dio poder al doctor Luis Castellanos Arboleda para que, según sus propias palabras, "demande la correspondiente indemnización

de los perjuicios morales y materiales sufridos con el accidente de que hago mención..."

En ejercicio de este poder, que capacitaba para iniciar la acción ora para la sucesión de la niña, o bien para la poderdante, directamente, el doctor Castellanos hizo estas peticiones:

"Primera. — .....

"Segunda.—Se condene a la Nación colombiana o al Estado colombiano a pagar —dentro del tercer día de la ejecutoria del fallo— a la sucesión ilíquida de Gertrudis Perdomo, representada por mi poderdante como heredera universal y única, la cantidad de **cuarenta mil pesos moneda legal colombiana** ($ 40.000.00) o la mayor suma que los peritos fijaren uniformemente, como indemnización por los perjuicios morales y materiales sufridos por doña Julia Perdomo, en su condición de madre de la impúber Gertrudis, víctima del ameritado accidente ferroviario".

En subsidio, pidió que se declarase que "el Estado o la Nación colombiana es responsable civilmente, por haberse incurrido en culpa al respecto, de los daños materiales y del intenso dolor moral ocasionado a Julia Perdomo, acaecida en esta ciudad, en el paso a nivel de la vía férrea, a eso de las seis y media de la tarde o seis de la tarde y cuarenta minutos del día seis de octubre del año próximo pasado (mil novecientos treinta y nueve), ocasionada por una de las máquinas del Ferrocarril del Pacífico".

Entre los hechos que la demandante aduce como generadores de la responsabilidad civil del Estado por la muerte de la menor Gertrudis Perdomo, la Sala destaca los siguientes, que aparecen relacionados en el libelo de demanda:

"Noveno. El maquinista Guillermo Riascos que conducía el tren de pasajeros que venía de Armenia entró en marcha acelerada a una zona de peligro (la del paso a nivel).

"Décimo. El maquinista Tomás Bravo que tenía estacionada en la primera vía la locomotora número 59, de la Empresa del Ferrocarril, y que tan violentamente la movió arrollando a la niña, **no pitó ni dio señal alguna de alarma.**

"Décimoprimero. Tanto Bravo como Riascos eran o son empleados del Ferrocarril del Pacífico.

"Décimosegundo. La Empresa del Ferrocarril del Pacífico no tuvo en la noche del suceso y cuando éste ocurrió un empleado (guarda vía), que con lámpara en la mano y moviéndose sobre la vía indicara a los maquinistas que existía o no peligro en el tráfico y que atendiera cualquier señal de éstos, para evitar un accidente..

"Décimotercero. La Empresa no mantuvo en el paso a nivel mencionado (dirección Sur-Norte) una barrera automática o de otra clase, y ni siquiera una cadena, para impedir el tráfico de peatones o vehículos que van hacia el barrio Isaacs o vienen de él hacia la Avenida Miguel Muñoz.

"Décimocuarto. La Empresa mantenía en la época del suceso y en la noche en que ocurrió, la zona del paso a nivel de la carrera quinta con calles veinticinco y veintisiete, muy oscura y deficientemente iluminada; y sin embargo, permitía, la movilización simultánea de trenes durante la noche.

"Décimoquinto. Hubo falta de humanidad, de sentimientos elevados y nobles de parte de la Empresa o de sus personeros al no remediar entonces ni después siquiera en forma ínfima el daño causado a la Perdomo, obligación a lo menos natural en tales circunstancias.

"Décimosexto. La Empresa no cumplió con la obligación que le impone la ley 76 de 1920 de hacer llegar el aviso del accidente al Ministerio de Obras Públicas para que procurara la indemnización del daño.

"Décimoséptimo. Los elementos con que se causó el daño (muerte de Gertrudis Perdomo) pertenecen a la Empresa del Ferrocarril del Pacífico y son sus empleados (Bravo y Riascos) quienes lo originaron". (Fs. 41 a 41 v. del c. Nº 1).

El Fiscal del Tribunal **a-quo,** en la contestación dada por él a la demanda, se opone a que se hagan las declaraciones en ésta solicitadas, y niega los hechos expuestos como fundamento de la misma, particularmente los tendientes a establecer la responsabilidad del Estado, aunque reconoce como evidentes estos hechos: el de la muerte violenta de la menor Gertrudis Perdomo, a la hora indicada en la demanda, y el de haber sido ocasionada esa muerte por el carro número 1159 del convoy movido por la locomotora número 79 del Ferrocarril del Pacífico, manejada por el maquinista Tomás Bravo en el sitio señalado en la misma demanda.

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Tribunal desató la controversia en sentencia de fecha 17 de abril de 1942, por medio de la cual declaró probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación demandada, y absolvió, en consecuencia, al Estado colombiano de todos los cargos de la demanda.

Por apelación interpuesta en tiempo, por el apoderado de la parte demandante, vino el nego-

cio a esta Sala de la Corte, la que hoy decide dicho recurso, por estar agotada la tramitación de rigor.

Los fundamentos del fallo apelado

El Tribunal de primera instancia, después de hacer una relación pormenorizada de las pruebas allegadas al proceso por las dos partes, expone diversos argumentos para concluír absolviendo a la entidad demandada.

Las alegaciones de la parte recurrente

Entre las numerosas alegaciones con que el apoderado de la demandante en esta instancia pretende poner de manifiesto la culpa que en su concepto pesa sobre el Estado, por la muerte violenta de Gertrudis Perdomo, la Sala destaca las siguientes:

1º Que el tránsito de peatones por el paso a nivel de la carrera 5ª, entre las calles 25 y 26, de Cali, existía desde antes del 6 de octubre de 1939, fecha del accidente; 2º Que no sólo existía el libre tránsito, "sino que era necesario, pues las carrileras dividen la ciudad"; 3º Que la luz brillante de la locomotora del tren de Armenia, que entraba a la Estación de Cali en el momento del accidente, es una luz que encandila y constituye un peligro; 4º Que al rededor del paso a nivel había acumulación de materiales de construcción y ripios en la Estación, lo que dificultaba el tránsito; 5º Que ninguna de las dos locomotoras dio los pitazos de reglamento; 6º Que aunque existía en la Estación, no se ponía la cadena en el paso a nivel, para cerrar el tránsito, o no se puso en la tarde del día del accidente; 7º Que Gertrudis Perdomo, la víctima del accidente, no había cumplido cuatro años el 6 de octubre de 1939; Lucila Perdomo, tenía apenas 14 años, y la señora Motta tenía más de sesenta años, "es por entero extraña a las niñas Perdomo y el 6 de octubre de 1939 no tenía obligación alguna respecto de las mismas".

Por último, para replicar a las alegaciones del demandado en cuanto éste atribuye el accidente a una imprudencia de la víctima y de sus acompañantes, el mismo apoderado hace especial hincapié en la edad de la señora Motta y de las niñas Perdomos aduciendo esta circunstancia como incompatible con la previsión y cuidado que la parte demandada echa de menos en la conducta de aquéllas. "¿Será posible dice el apoderado de la actora— exigir previsión a una niña de menos de cuatro años, y aún a Lucila Perdomo, en sus catorce años? ¿Será posible exigir serenidad de ánimo, en trance semejante, a una mujer de tan corta edad? ¿Será posible exigir agilidad y presencia de ánimo a la Motta, cuando es propio de la vejez el ser tímida y torpe en los movimientos? ¿Cómo se pretende, pues, que personas que a duras penas podían valerse a sí mismas, atendieran a Gertrudis Perdomo, en tan apremiosas y difíciles circunstancias?".

La opinión del señor Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Civil analiza detenidamente los diversos hechos en que el demandante pretende basar la responsabilidad del Estado por el accidente ferroviario de que aquí se trata, llegando a la conclusión de que de ninguno de tales hechos puede inferirse culpa de parte de la entidad demandada, en la muerte de la menor Gertrudis Perdomo. El referido funcionario resume así su opinión en el particular:

"De la mirada en conjunto que se dé a todo lo que hasta aquí va dicho, se deduce sin lugar a dudas, que el accidente se produjo sin que hubiera mediado culpa alguna de parte de ninguno de los dependientes de la Empresa. En todo se procedió con la diligencia y cuidado acostumbrados, y agotando todos los medios humanamente posibles para evitar tragedias como la que entonces se produjo, la cual tuvo lugar por la imprudencia de las personas que llevaron a la víctima a exponerse a un peligro muy grande".

Consideraciones de la Corte

En el proceso penal a que antes se hizo referencia, quedó establecido que el maquinista Tomás Bravo está libre de toda responsabilidad en el accidente producido por el convoy que él manejaba y cuyo carro delantero arrolló a la niña Gertrudis Perdomo, y le causó la muerte instantánea. En las dos instancias de ese proceso, los respectivos falladores—el señor Juez Primero Superior de Cali y el Tribunal del mismo Distrito, Sala Penal— tuvieron a la vista como principal elemento de convicción, la declaración del agente José Parra Gómez, quien en su carácter de vigilante en el paso a nivel en que pereció la referida niña, tuvo oportunidad de darse cuenta de todas las circunstancias, antecedentes y concomitantes del accidente. También fueron llamados a declarar en el juicio penal los empleados del Ferroca-

rril del Pacífico que en el momento de la tragedia estaban ocupados en facilitar las maniobras que ejecutaba el maquinista Bravo; pero estos testimonios nada aclaran sobre el particular, ya que todos a una afirman que de nada se dieron cuenta, por encontrarse como a treinta metros del lugar de la tragedia y al extremo de una curva que impide ver el paso a nivel en que el accidente se produjo. Así lo declaran el frenero Alberto Lucumis (fs. 94 a 94 v., c. Nº 8), el enganchador Leonardo Yunda (fs. 94 v. a 95 id.), el agujero Ezequiel Sierra (fs. 96 id.), el cabo de patio Enrique García (fs. 98 id.).

El testimonio del agente Parra Gómez sigue siendo la prueba que más luz arroja sobre el accidente. Sin embargo obran, además, las declaraciones de Olmedo Ordóñez (fs. 10 a 12, c. Nº 5, y 66 v. c. Nº 8), y Benilda Motta (fs. 15, c. Nº 5, y 71 c. Nº 8), quienes fueron testigos presenciales de algunas de las circunstancias principales de la tragedia. Fundada principalmente en los datos que se derivan de esos tres testimonios, la Sala hizo al principio de este fallo la relación del accidente en que perdió la vida la niña Perdomo.

Ahora bien, quedó ya expresado cómo en el proceso penal se sobreseyó definitivamente en favor del maquinista Bravo, por haberse encontrado plenamente establecido, según lo afirma el Tribunal de segunda instancia, que la niña Gertrudis Perdomo fue arrollada "al pretender atravesarse en la vía con lamentable imprudencia". Sin embargo, el mismo Tribunal hizo la siguiente observación, después de concluír que debía sobreseerse definitivamente en favor del sindicado:

"Por último, bien está que el señor Juez del conocimiento investigue la responsabilidad que a la empresa del Ferrocarril del Pacífico le incumbe en casos como el de que se trata por no haber colocado, en el paso a nivel, las seguridades necesarias a fin de evitar esta clase de acontecimientos". (Fs. 102, c. Nº 8).

A lo anterior podrían agregarse estas consideraciones:

El artículo 39 de la ley 169 de 1896 establecía que la acción civil encaminada a obtener una indemnización podía intentarse "sin sujeción a la penal". Posteriormente, se expidió la ley 94 de 1938, que entró a regir el 1º de julio de ese mismo año, en virtud del artículo 724 de la misma. Esta nueva norma contiene el siguiente precepto, cuyos términos precisos fijan la orientación para enfocar las repercusiones de las cuestiones penales en las civiles:

"La acción civil no podrá proponerse ante el Juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que están ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Según la referida disposición, la acción civil intentada o que pueda intentarse, en esas condiciones, queda extinguida.

Es un imperativo de orden público respetar semejante situación.

Un sobreseimiento definitivo, por ejemplo, puede basarse en que el hecho no se realizó o que carece de contenido culpable, lo que equivale a decir que la infracción como tal no existe. En estos casos la autoridad civil, sin producir una contradicción con la decisión penal, no podría considerar el hecho como infracción culposa, porque ello constituiría un conflicto entre dos resoluciones jurisdiccionales.

El pleito se inició con posterioridad a la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, y la tragedia, objeto de la demanda, ocurrió el 6 de octubre de 1939, por lo cual es indudable que el artículo 28, antes transcrito, es de irrevocable aplicación, habida consideración a que en el sobreseimiento definitivo se descartó la culpa del maquinista y se estimó que el accidente había sido la consecuencia de la negligencia de las personas que acompañaban a la niña.

Si la responsabilidad por la culpa del maquinista quedó cubierta por la providencia penal, queda en cambio un frente que no se tuvo en cuenta en aquel auto, de donde se infiere que el estudio de este nuevo aspecto debe hacerse.

En este juicio civil la parte demandante se ha propuesto demostrar que efectivamente incumbe aquella responsabilidad a la Empresa del Ferrocarril, para lo cual formuló las alegaciones que atrás quedaron brevemente sintetizadas e hizo practicar numerosas pruebas.

En estas circunstancias, cabe preguntar: ¿Descartada la responsabilidad penal del maquinista y de las demás personas que tuvieron a su cuidado el manejo y movimientos del convoy ferroviario que atropelló a la niña Gertrudis Perdomo, ha logrado la parte demandante demostrar que existe, sin embargo, responsabilidad civil de parte de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico en ese accidente, por no haber colocado en el paso a ni-

vel las seguridades necesarias, a fin de evitar esta clase de acontecimientos?

Constan los siguientes hechos:

1º Está plenamente acreditado que había movimiento de trenes cuando la señora Motta y las hermanas Perdomos intentaron atravesar el paso a nivel, primero en dirección occidente-oriente y luego en dirección contraria.

Sobre el particular obran en el expediente, entre otras, las declaraciones de los tres testigos anteriormente citados, como también el certificado expedido por el Administrador del Ferrocarril del Pacífico el día 27 de octubre de 1939 (fs. 9 v. a 10, c. Nº 1).

En tales circunstancias, es evidente que la señora Motta y la niña Perdomo de 14 años, incurrieron en imprudencia al penetrar en una zona conocida de peligro, como es la ocupada por las carrileras del citado ferrocarril en la Estación de Cali, en los precisos momentos en que había movimiento de trenes: la máquina número 79 haciendo cambios con cuatro vagones sobre la primera línea férrea cortada por el paso a nivel; y el tren de Armenia que estaba para llegar a la Estación, y cuya entrada iba a hacerse por sobre la segunda de las vías férreas que las niñas Perdomos y su acompañante pretendieron atravesar.

2º Los testigos Enrique Gaviria (fs. 65 v., c. Nº 8), Rafael Velasco (fs. 66 id.), Pablo Bianchá (fs. 85 v.), Marco A. Ochoa (fs. 107 id.) y Enrique García (fs. 110 v.), dan cuenta de que el público había convertido el referido paso a nivel en una especie de calle pública, que establecía una comunicación entre el barrio Jorge Isaacs y el centro de Cali. El mismo apoderado de la demandante afirma que no sólo existía el libre tránsito por el paso a nivel en la época del accidente, "sino que era necesario, pues las carrileras dividen la ciudad".

Ahora bien: la circunstancia de que el público hubiera convertido el paso a nivel en una vía pública, ¿excusaba al Ferrocarril del Pacífico de mantener allí cadenas para impedir el tráfico, ya que ese paso estaba situado dentro de los patios de la estación del mismo ferrocarril, donde el movimiento de máquinas y trenes es constante?

En semejantes circunstancias podría alegarse que la Empresa del ferrocarril tomó como suficiente medida de precaución el mantenimiento de un guarda encargado de la vigilancia del tránsito por el paso a nivel, dando aplicación a lo previsto por el artículo 8º de la ley 76 de 1920, inciso 2º, que dice: ".....En los lugares adonde no sea posible establecer barreras, se mantendrán, permanentemente, guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes".

Para acreditar el cumplimiento del anterior precepto legal, la parte demandada trajo al proceso la respectiva minuta de servicio, expedida por el Comandante de la Policía Nacional de Cali (fs. 34 a 48, c. Nº 4), documento del cual se desprende que entre el 1º de agosto y el 31 de diciembre de 1939, hubo servicio permanente de vigilancia en el paso a nivel, y que el día del accidente, o sea el 6 de octubre de dicho año, fueron servidos los cuatro primeros turnos, en su orden, por los agentes Luis A. Aldana, Gerardo Arcila, Luis A. Romero y José Parra Gómez.

Quien hacía guardia en el momento del accidente era el señor José Parra Gómez, que advirtió a la señora Motta y a las niñas Perdomos el peligro que implicaba atravesar el paso a nivel. El referido agente previno así a la señora: "No pasen, porque el tren va a pasar" (fs. 14, c. Nº 1). Sin embargo, la señora y las niñas insistieron en pasar, y el accidente se produjo pocos momentos después.

3º Alberto Lucumí (fs. 108 v., c. Nº 8) y Leonardo Yunda (fs. 109, id.), declaran que les consta, por observación personal, que al frente de la Estación del Ferrocarril y a un lado del paso a nivel en referencia, había, en la época del accidente, acumulación de materiales de construcción, que dificultaban el tránsito de los peatones. "Mas no obstante estas dificultades, dice el declarante Lucumí, siempre se daban la manera de pasar por encima de los ripios y de los materiales de construcción". La misma Empresa del Ferrocarril del Pacífico reconoce que con motivo de las obras que se adelantaban en aquella época para reemplazar el paso a nivel por un paso inferior, "había materiales en los lugares de tales obras, cosa que dificultaba el tránsito de peatones". (Certificado expedido por el Administrador del Ferrocarril del Pacífico, fs. 34 v., c. Nº 8).

Ahora bien: el hecho de que por donde transitaba el público entre las carrileras existiera acumulación de materiales de construcción, que dificultaban el tránsito, no es circunstancia que perjudique al Ferrocarril, como lo pretende el apoderado de la actora. Ello no significa sino que el público, al transitar por el paso a nivel en semejantes circunstancias, estaba todavía más obligado a guardar las debidas precauciones para evitar accidentes, pues como el paso a nivel no

era una calle pública, el hecho de que por allí se tolerara el tránsito a toda hora no podía obligar al Ferrocarril a paralizar sus obras, las cuales se enderezaban precisamente a reemplazar ese paso a nivel por un paso inferior.

La misma Empresa del Ferrocarril certifica que "desde el día 9 de marzo de 1938, en que se iniciaron los trabajos de construcción de un paso inferior en el sitio del paso a nivel formado por la carrera quinta con la vía férrea, y con motivo de tales trabajos, se suspendió por ese lugar el tráfico de vehículos automotores, por la carrera, y se restringió notablemente el tránsito de peatones". (Certificado expedido por el Administrador del Ferrocarril del Pacífico, fs. 52, c. Nº 4).

Esta certificación de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico pone aún más de relieve los peligros inherentes al tránsito por sobre el paso a nivel, y, por ende, la suma precaución con que debían proceder los peatones al atravesarlo, particularmente durante todo el tiempo que demandó la ejecución de aquellas obras.

4º Está también acreditado en el expediente, que la locomotora del tren que venía de Armenia entró a la Estación de Cali con sus faros encendidos. Pero de este hecho nada puede inferirse en contra del Ferrocarril, porque como empezaba a oscurecer cuando dicho tren se acercaba a Cali, era natural que se iluminara la vía. Si las niñas Perdomos y su acompañante se asustaron con la presencia de aquel tren, según lo declaran los testigos presenciales del accidente señores Parra Gómez y Olmedo, y si fueron encandiladas por la potente luz que proyectaban los faros de la locomotora —según lo sostiene el señor apoderado de la demandante— todo ello entraña una circunstancia que en lugar de alegarse contra el Ferrocarril, lo favorece, porque ese peligro que por su naturaleza es permanente en toda estación central de trenes, debe obligar al público que penetra en esas estaciones a guardar todas las precauciones que corresponden a una situación semejante. El dueño de una actividad peligrosa está comprometido a ejercerla con el máximum de cuidado y diligencia para evitar daño a terceros, y éstos deben también ser cautos para no exponerse al peligro.

5º Los testigos presenciales del accidente afirman que la locomotora número 79, al acercarse al paso a nivel, no dio los pitazos reglamentarios. Se trata, pues, de un hecho debidamente acreditado y que entraña una violación del reglamento para la circulación de los trenes, expedido por el Ferrocarril del Pacífico y vigente en la época del accidente (fs. 147 v., c. Nº 8). Empero de aquella omisión del maquinista no puede inferirse la responsabilidad del demandado por la muerte de la niña Perdomo, porque el maquinista fue absuelto de toda culpa en el proceso penal.

6º Según afirmación de la parte demandante, que aparece confirmada por las declaraciones de José G. Urbano y Sara González (fs. 56 y 56 v., c. Nº 4), la señora Julia Perdomo, madre de Gertrudis, se encontraba en Popayán el día 6 de octubre de 1939, fecha del accidente.

De este hecho nada se deduce contra la Empresa ni implica culpa de la demandante cuyas circunstancias de pobreza la obligaron a emprender ese viaje por motivos muy racionales y explicables.

El mismo apoderado de la demandante opone la tacha de parcialidad a los testimonios, certificados y demás documentos emanados del personal del Ferrocarril del Pacífico, fundándose para ello en la alegación de que los referidos empleados tenían especial interés en aparecer como estrictos cumplidores de sus obligaciones.

En relación con esa tacha la Sala observa lo siguiente:

La parte demandante se apoya en varios de aquellos testimonios y certificados, para fundamentar en ellos algunos hechos que en opinión de dicha parte comprometen la responsabilidad de la Empresa ferroviaria en mención. Tal cosa sucede, por ejemplo, con las pruebas tendientes a demostrar que al rededor del paso a nivel había ripios y materiales de construcción que dificultaban el tránsito de peatones; que la locomotora del tren de Armenia entró a la Estación de Cali con los faros encendidos; que la locomotora manejada por el maquinista Bravo no pitó al acercarse al paso a nivel; que en este mismo paso a nivel no se ponía cadena, para cerrar el tránsito, cuando había movimiento de trenes, etc.

A las anteriores comprobaciones no extiende el demandante la tacha de parcialidad, porque en su sentir lo favorecen, perjudicando en cambio a la entidad demandada.

De tal suerte que la referida tacha queda limitada a aquellas comprobaciones que han sido aducidas por la parte demandada para poner de manifiesto la intervención de causa extraña a dicha parte en el accidente de que se trata.

Empero, es infundada, en sentir de la Sala, la tacha de parcialidad en lo atinente a las pruebas aducidas por la entidad demandada.

En efecto: el principal elemento de convicción al respecto es el testimonio del vigilante del paso a nivel, señor José Parra Gómez. El dicho de este testigo fue valorado en el proceso penal atrás mencionado, otorgándole, los respectivos jueces, el valor de plena prueba sobre la manera como ocurrió la muerte violenta de la niña Gertrudis Perdomo. Y fue precisamente este elemento de convicción el que sirvió de fundamento al sobreseimiento definitivo en favor del maquinista Bravo.

En el presente juicio civil la Corte también ha aceptado la declaración de Parra Gómez, por cuanto se trata de un declarante cuya imparcialidad y sujeción a la verdad ya han sido plenamente aceptadas en el citado proceso penal, sin que en el presente se hayan producido elementos de convicción que puedan servir de base para la descalificación de dicho testigo.

La imparcialidad del vigilante Parra Gómez se infiere de la sola consideración de que él no era dependiente de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, sino un agente de la Policía Nacional, institución completamente extraña a aquella empresa.

Y en cuanto a la exactitud de lo afirmado por el mismo vigilante, ningún elemento existe en el proceso que pueda aducirse como demostración de que dicho testigo no ha dicho la verdad.

Ante el testimonio de Parra Gómez el apoderado de la demandante pregunta: "¿Es humanamente creíble que hubiera confesado su falta o el no cumplimiento de sus deberes?". Pero esto ya no es ni siquiera una tacha legal de parcialidad, la cual no existe en el testigo, por lo visto antes, sino pura y simplemente una objeción acerca de la veracidad y exactitud de las afirmaciones de dicho declarante. En estas circunstancias, semejante objeción no puede proponerse a base de simples presunciones o conjeturas, sino que es preciso fundarla en pruebas precisas y plenas, que pongan de manifiesto cómo el declarante se apartó de la verdad, y lleven, por ende, al Juzgador a desechar su testimonio.

De todo lo anterior se infiere que el Ferrocarril del Pacífico estaba en el convencimiento de que era suficiente la vigilancia de un agente permanente de la policía, vigilancia que se prestaba, según aparece en el proceso (fs. 34 a 48, c. número 4).

La susodicha Empresa tenía cadena en la Estación de Cali, como se desprende de los testimonios que a continuación se enuncian:

En efecto: Marco A. Ochoa, declaró: "Aclaro que en el lado occidental de la vía férrea había una cadena para controlar el paso de los vehículos, mas no el de los peatones". (Fs. 107, c. de pruebas de la parte actora en segunda instancia).

El maquinista Tomás Bravo, dijo: "Y sé y me consta que por encima de dicho paso a nivel había tránsito libre para todos los peatones, a toda hora del día y de la noche, no obstante que allí se encontraba un agente de la Policía Nacional, que impedía el tránsito a la hora de la entrada de los trenes por medio de una cadena, en compañía del cadenero; pero los peatones no respetaban ese obstáculo que se les ponía y era materialmente imposible impedirles que pasaran". (Fs. III v., ibídem).

Pablo Bianchá declaró así: "En dicho paso a nivel existía una cadena, pero no recuerdo si el día del accidente estaba puesta o no, porque con mucha frecuencia los vehículos que cruzaban el paso a nivel rompían dicha cadena". (Fs. 127 ibídem).

Francisco A. Guerrero dijo: "Y esa vía la controlaba un agente de la Policía Nacional y un guardavía que en el momento de la llegada de los trenes, impedían el tránsito por medio de una cadena, para que el público no pasara; pero como esa vigilancia que ellos hacían era insuficiente para impedir que alguien se pasara de un lado a otro, el público siempre se pasaba por debajo de la cadena que tendían". (Fs. 128 ibídem).

José Parra Gómez se expresó así: "....puedo afirmar que antes de esa fecha (la del accidente), el público transitaba libremente por sobre ese paso a nivel, de día y de noche, a toda hora, pues ni en el momento de entrada o cambio de trenes en la estación de Cali, se obstaculizaba el tránsito siquiera en forma relativa, con una cadena o cosa semejante, salvo las advertencias que se le hacían al público, en los momentos de peligro, por parte de los policías encargados de la vigilancia..." (Fs. 143 v., id.).

Consta también que el sitio en que ocurrió la tragedia, no estaba suficientemente iluminado, según lo declaran Luis Alberto Tobar (fs. 40, c. Nº 8), Marco A. Ochoa (fs. 106, ibídem), y Olmedo Ordóñez (fs. 108, ibídem).

Puede darse por probada la existencia de la cadena, pero no se ha evidenciado que el día del accidente se hubiera colocado en el sitio de peligro, lo cual debió haber demostrado la parte

demandada, ya que incumbe probar la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo.

Aún suponiendo que no fuera de estricto rigor legal la colocación de la susodicha cadena, ¿podría la parte demandada escudarse en esta circunstancia para librarse de responsabilidad por la abstención?

Cuando una omisión no proviene de culpa alguna, la responsabilidad del perjuicio no es imputable a quien permaneció en inactividad. Pero puede acontecer que el acto negativo provenga de negligencia, impericia, o imprudencia, y en tal evento se pregunta si habrá también responsabilidad cuando la ley no haya impuesto una actitud positiva contraria. Todo depende de las condiciones en que se actúe, porque en frente de nosotros se mueven otros hombres, cuyos derechos exigen, en virtud de imperativos de convivencia social, normas de prudencia en la conducta, cuyo olvido es tan culpable como la pretermisión de prescripciones legales determinadas.

Quien vive en sociedad, y allí ejercita actividades, tiene obligación jurídica de proceder con diligencia para no causar daño a los demás.

Con toda razón, comenta Planiol: "Existe una obligación legal de diligencia en todo ente que desenvuelve sus funciones en sociedad, obligación cuyo origen se remonta al aforismo **neminen loedere** y que Demogue, al denominarla "obligación jurídica de actuar", piensa que "puede ser consagrada por un texto o por la razón".

Este principio se destaca en el artículo 2356 del Código Civil, cuando dice:

"Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

Allí no se distingue entre hechos positivos y negativos. Quien omite por incuria un hecho que la naturaleza del peligro y las circunstancias que lo acompañan exigen racionalmente, es responsable del perjuicio, porque la ley obliga a que la conducta de los hombres marche acorde con la prudencia impuesta por las condiciones en que se desenvuelvan los actos de éstos.

Dada la situación en que se encontraba el paso a nivel del Ferrocarril del Pacífico en Cali, según aparece en las constancias procesales, un solo agente de policía no parecía suficiente medida de precaución. En concepto de la Sala, eran necesarias otras medidas complementarias que contribuyeran, con mayor eficacia, a prevenir el peligro de los transeúntes en las horas de llegada y cambio de los trenes en la mencionada estación.

El uso de la cadena era aconsejable como medio más oportuno y seguro para avisar el peligro.

De todo lo hasta aquí expuesto se concluye que la Empresa del Ferrocarril del Pacífico tuvo culpa en la tragedia, a causa de las omisiones apuntadas, sin que ello implique contradicción con lo resuelto en el sumario, pues en éste no se consideró la culpa sino en frente del conductor del tren y expresamente se dejó libre el campo para deducir responsabilidades por las abstenciones de que se ha hablado.

El perjuicio moral subjetivo de la demandante se acredita con la grave presunción que implican los vínculos de sangre entre la madre y la hija.

El nexo de causalidad necesaria entre el perjuicio y la culpa, es evidente, porque si no hubiera habido los descuidos que se han anotado, el perjuicio no se hubiera producido.

Es verdad, que con la culpa de la parte demandada ha concurrido la imprudencia de la señora Motta y de la niña de 14 años. Ello querrá decir, a lo sumo, que hubo solidaridad de dichas personas en el hecho perjudicante. Hubo, pues, concurrencia de culpas, que por tratarse de indemnización por perjuicios morales subjetivos, en este caso, no tiene consecuencias, pues el Juez puede estimarlas dentro de los límites indicados por el artículo 95 del Código Penal.

Semejante consideración no se opone al sobreseimiento, porque aunque el Tribunal de Cali aseveró que Gertrudis fue arrollada "al pretender atravesarse en la vía con lamentable imprudencia", de aquí no se deduce que la imprudencia hubiera sido propiamente un acto personal de la niña, sino más bien, con una interpretación racional, de quienes la tenían en esos momentos bajo su vigilancia y dirección.

No hay prueba de perjuicios materiales. A este respecto aparece en el expediente lo que sigue:

Pedro Antonio Ibarra (fs. 81 v., c. Nº 8), declara que conoció a Julia Perdomo y dice haber observado que después de la muerte de su hija, ella sufrió quebrantos de salud. En forma semejante deponen Miguel Ocampo (fs. 82 ibídem) y Tulia González (fs. 83 ibídem). Rosa Sánchez afirmó que después de la tragedia Julia perdió el ánimo para sus ocupaciones, lo cual está corroborado con el testimonio de Rosario Gómez Oliveros (fs. 84 ibídem). Con estos testimonios no se acredita la existencia de un perjuicio determinable económicamente, ni siquiera se establece una repercusión del dolor moral subjetivo en la esfera patrimonial.

La Sala sólo tendrá en cuenta el perjuicio moral subjetivo, que estima en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00), conforme a la pauta trazada por el artículo 95 prenombrado.

Las peticiones encaminadas a indemnizar a la sucesión ilíquida de la víctima, no prosperan porque los perjuicios no entraron al patrimonio de esta sucesión, pues la muerte de la menor fue instantánea.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, y en su lugar, decide:

1º El Estado colombiano es responsable civilmente de los perjuicios morales subjetivos sufridos por Julia Perdomo, como consecuencia de la muerte trágica de su hija Gertrudis, ocurrida el seis de octubre de mil novecientos treinta y nueve, en la ciudad de Cali, con motivo de un accidente producido por el Ferrocarril del Pacífico, de propiedad nacional.

2º Condénase al Estado colombiano a pagarle, por estos perjuicios, a la señora Julia Perdomo, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal, por conducto del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

3º Absuélvese a la parte demandada de todos los perjuicios materiales, como de los demás cargos formulados en la demanda.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado C. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. El Secretario, **Nicolás Llinás Pimienta.**

AUTO: INCIDENTE DE LIQUIDACION (ARTICULO 553, C. J.)

Los términos probatorios, y, en general, todos los términos procesales, son perentorios y de estricta aplicación, y no pueden, por tanto, ser ampliados por el juzgador sino en aquellos casos en que la ley le dé facultad expresa para hacerlo, tales como el del citado artículo 752 y el del juicio relativo a bienes vacantes y mostrencos, regulado por el artículo 842 del mismo código de procedimiento.

Si la ley no permite la ampliación, el término es fatal, como dicen los prácticos.

La naturaleza del incidente del artículo 553 del C. J. exige prontitud para la regulación de los perjuicios, intereses, frutos, etc. Su redacción es un mandato imperativo: si la liquidación no se objeta, "el juez dicta auto aprobatorio". Si se objeta, se abre a pruebas por 15 días, y vencidos "el juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado".

Se ve, pues, como una vez vencido el término, queda precluída esa etapa del incidente, para que surja la subsiguiente. Ello indica que el término se concede con exclusión de otro, por lo cual es perentorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre tres de mil novecientos cuarenta y cinco.

En auto de diez de noviembre del presente año, se decretó, por esta Sala, la práctica de unas pruebas solicitadas por la parte actora dentro del término probatorio de quince días del incidente de liquidación de perjuicios a que dio lugar la ejecución de la sentencia de fecha 30 de abril de 1945, proferida dentro del juicio ordinario seguido por Francisco Castro contra la Nación.

El doce de noviembre se notificó personalmente el auto al señor Procurador Delegado en lo Civil, y éste, en memorial de fecha 14 del mismo mes, solicitó se practicaran otras pruebas en relación con los mismos hechos que se pretende demostrar por medio de las decretadas en el citado auto de 10 de noviembre, y fundó su pedimento en los artículos 705 y 752 del Código Judicial.

La última de estas disposiciones forma parte de las que regulan el juicio ordinario, y no es, por tanto, de directa aplicación en el caso presente, motivo por el cual, además, la pretensión del señor Procurador no puede ser otra que la que se le dé aquí aplicación por vía de analogía.

Pero la Corte, en contra de la respetable opinión de la Procuraduría, no considera que en el caso subexamine sean procedentes dichas interpretación y aplicación, fundándose para esto en las razones siguientes:

I. Los términos probatorios, y, en general, todos los términos procesales, son perentorios y de estricta aplicación, y no pueden, por tanto, ser ampliados por el juzgador sino en aquellos casos en que la ley le dé facultad expresa para hacerlo, tales como el del citado artículo 752 y el del juicio relativo a bienes vacantes y mostrencos, regulado por el artículo 842 del mismo código de procedimiento.

Si la ley no permite la ampliación, el término es fatal, como dicen los prácticos.

La naturaleza del incidente del artículo 553 del C. J. exige prontitud para la regulación de los perjuicios, intereses, frutos, etc. Su redacción es un mandato imperativo: si la liquidación no se objeta, "el juez dicta auto aprobatorio". Si se objeta, se abre a pruebas por quince días, y vencidos "el juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado".

Se ve, pues, como una vez vencido el término, queda precluída esa etapa del incidente, para que surja la subsiguiente. Ello indica que el término se concede con exclusión de otro, por lo cual es perentorio.

2. El fundamento de toda interpretación analógica de las disposiciones legales, es la existencia de una misma razón de hecho en dos casos, de los cuales uno fue previsto y regulado expresamente por el legislador, y el otro carece de norma directamente aplicable, pues sólo entonces podrá decirse que la disposición legal debe ser una misma para ambos casos.

En otros términos, el hecho jurídico al cual se pretende aplicar, por vía de analogía, una norma reguladora de otro hecho jurídico, debe no sólo carecer de norma expresa y de directa y especial aplicación, sino además, ser de la misma o semejante naturaleza que el expresamente contemplado por el legislador, todo lo cual no sucede en el caso presente, pues a más de existir norma especial y directa-

mente aplicable al caso, la del artículo 553, la naturaleza de las dos actuaciones procesales, el juicio ordinario y el incidente de cumplimiento de la sentencia, revisten peculiaridades especiales.

El procedimiento de que trata el artículo 553 citado, no constituye, ciertamente, un juicio distinto, entre otras razones porque dejaría de ser un incidente, según la propia denominación del Código Judicial. Pero si esto es así, tampoco es menos cierto que la ejecución del fallo bajo este sistema adquiere individualidad propia, y es, además, posterior a la cuestión de fondo ya decidida.

En efecto, al tiempo que en el juicio ordinario se trata de establecer la existencia de un derecho o determinar su extensión, las partes de las cuales puede exigirse, etc., y en él tienen y deben tener la más amplia aplicación todas las garantías procesales, a fin de llegar así a un mejor esclarecimiento de la verdad, tales como la ampliación del período ordinario de prueba para que una de las partes pueda solicitar se decrete la práctica de otras pruebas en relación con los mismos hechos que tiendan a demostrar las pedidas por la otra parte, cuando estas pruebas han sido decretadas dentro de cierto término, el incidente de liquidación a que da lugar la ejecución de una sentencia en la cual se haya condenado a pagar, por concepto de frutos, perjuicios u otra cosa semejante, una cantidad ilíquida, es, como todo incidente, una actuación breve y sumaria.

Su decisión, además, debe ser pronta, en interés de las mismas partes que en él intervienen, no justificándose, por tanto, la aplicación de una norma que, como la del artículo 752, deja al arbitrio de una de las partes, en ciertos casos, dilatar la decisión del juicio. Y no se justifica esta norma en el caso del incidente de liquidación, como por el contrario, es perfectamente aceptable en el caso del juicio ordinario, debido precisamente a la ya anotada diferencia existente entre la naturaleza de las dos actuaciones procesales, pues al tiempo que, como se dijo, en el juicio ordinario se trata de discutir una cuestión de fondo, de establecer la existencia o las modalidades de un derecho, en el caso del incidente de liquidación dichas existencia y modalidades de los derechos de las partes que en él intervienen ya no son objeto de una controversia, pues ya quedaron perfectamente establecidas en la sentencia que se trata de cumplir.

En consecuencia, niégase la práctica de las pruebas solicitadas por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su memorial de catorce de noviembre último.

Notifíquese.

(Fdo.) **Eleuterio Serna R.**

Nicolás Llinás P., Srio.

AVISO SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

A la luz de la información contenida en tales documentos no es posible admitir que dicho inmueble aparezca determinado con la precisión que requiere la ley y que debe ser base indispensable para que se pueda entrar en el examen del valor jurídico de los actos en que el avisante hace consistir la prescripción por explotación económica del inmueble en mención.

— La indeterminación de los linderos de estos dos inmuebles, que impide a la Corte entrar en el examen de fondo del derecho de propiedad alegado sobre ellos, constituye a la vez un obstáculo que no permite la calificación jurídica de los actos en que se hace consistir la explotación económica de tales inmuebles.

Apenas habría que agregar que si al través del expediente se vislumbran algunas alinderaciones arcifinias, ellas no bastan para lograr una completa determinación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El señor Hendry Stuart Mackenzie Burns, con el carácter de gerente en ejercicio de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, sociedad anónima con domicilio en Bogotá y constituída por escritura número 2.672 de 6 de noviembre de 1936, extendida en la Notaría Cuarta de esta misma ciudad, en ejercicio del derecho otorgado por el artículo 6º de la ley 160 de 1936, dío aviso al Ministerio de la Economía Nacional (hoy de Minas y Petróleos), del propósito que abrigaba dicha compañía de efectuar trabajos de exploración con taladro, en busca de petróleo de propiedad particular, "en la finca llamada "LA FLORIDA", ubicada en el municipio de San Lorenzo, hoy Armero, Departamento del Tolima", singularizada por estos linderos: "Desde la confluencia de la quebrada de Las Cruces o La Mina con el río Sabandija, quebrada arriba hasta el pie de la cordillera de Las Cruces; de allí, siguiendo el camino que va de Méndez a los dos ríos hasta coronar la cordillera de Las Cruces, la cual va a morír en el punto de Alonso, en el río Sabandija, de este punto, es decir, de la parte culminante de la cordillera, siguiendo hacia el Sur, por todo el filo de dicha cordillera, la cual va a desaparecer en el Magdalena, en el zanjón de Guadualito, hasta donde la atraviesa el camino público que sigue o conduce de Panchigua para Méndez; siguiendo dicho camino hasta el alto llamado "El Guayacán" de este punto, siguiendo el filo de esa cordillera hacia el Magdalena, hasta donde nace el zanjón hondo que está hacia el sur del canei que hoy posee Pablo Acuña y que antes era de Hilario Lozano; este zanjón abajo hasta el río Magdalena, Magdalena abajo hasta donde se encuentra la punta de la cerca del potrero llamado Sabandija; Sabandija arriba hasta la boca de la quebrada de La Mina, primer lindero". La Compañía da el aviso en desarrollo de lo estipulado en las cláusulas 3ª y 4ª del contrato que ella celebró con el propietario del aludido inmueble, señor Roberto Bonnet, constante en la escritura pública número 679 de 2 de octubre de 1937 de la Notaría del Circuito de Facatativá.

Al aviso se acompañaron los documentos y plano que la Compañía estimó necesarios de acuerdo con la ley. Oportunamente se ordenó oír al señor Procurador General de la Nación, quien en escrito de fecha 4 de septiembre de 1940 conceptuó que "dentro de la documentación presentada por la Compañía de Petróleo Shell de Colombia no se encuentra instrumento alguno que tenga el carácter de título emanado del Estado para acreditar propiedad privada del petróleo que haya o pueda haber en la finca "La Florida", conforme a los artículos 7º y 10º de la ley 160 de 1936. En igual sentido se pronunció la Junta Asesora de Petróleos.

Oídos luégo los conceptos de los servicios técnico y legal del Ministerio del ramo, éste dictó la resolución de fecha 21 de septiembre de 1940, en la forma que dispuso que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia decidiera sí es o nó fundada la pretensión de la Compañía avisante. El Ministerio considera que en relación con las tierras materia del aviso, no existe título emanado del Estado ni documentos de origen oficial que acrediten su existencia. Además, en la misma resolución administrativa se sostiene que en el caso de autos no

aparece la prueba de la "determinación precisa del terreno de que se trata", según el aparte c) del artículo 7º de la ley 160 de 1936.

De acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio, el negocio vino a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, en donde se sometió, conforme a la ley, a la tramitación del juicio sumario. Procede por lo tanto determinar sí es o nó fundada la pretensión de la Compañía avisante en el sentido de que el petróleo que pueda existir en la finca "La Florida" es de propiedad particular.

Motivos de la Corte

En concepto de la Compañía avisante, la propiedad particular del subsuelo petrolífero de la finca "La Florida", ha quedado establecida en este juicio "no sólo mediante una sola prueba sino con tres hechos jurídicos distintos que contribuyen a hacer la prueba de la propiedad de una evidencia incontrastable y que son: a) La cédula de merced o título original expedida en favor de don Gaspar de Mena Loyola en el año de 1652; b) La ley de 6 de agosto de 1821 cuyo alcance para el caso concreto se estudió detenidamente atrás junto con el Decreto de 21 de diciembre de 1822, y c) La justa prescripción adquisitiva con fundamento en la explotación económica operada desde tiempo inmemorial en relación con los terrenos de que trata este mismo escrito".

Las precedentes afirmaciones del avisante aparecen apoyadas en numerosos documentos traídos al proceso oportunamente, los cuales serán examinados a continuación, advirtiendo desde ahora la Sala que la Compañía avisante señala las tierras conocidas antiguamente con los nombres de "La Laguna" y "Méndez", como origen remoto de la finca denominada "La Florida", materia hoy del aviso de exploración.

Examen de la titulación presentada

El señor Procurador Delegado en lo Civil se opone a que se declare fundada la pretensión de la Compañía, alegando, entre otras razones, la de la **indeterminación** del terreno a que el aviso se contrae.

Esta objeción del representante de la Nación implica de suyo un problema que la Corte debe resolver en primer término, pues de resultar fundado ese reparo, se contaría con base suficiente para negar la pretensión de la Compañía avisante. "Porque lo primero es saber — ha dicho esta Sala en casos análogos — CUAL ES LA COSA A QUE SE REFIERE UN TITULO. Y SOLO A CONDICION DE QUE TAL COSA SEA IDENTIFICABLE, CABE AHONDAR ACERCA DE LA SITUACION JURIDICA QUE EL TITULO CREO EN RELACION CON SU OBJETO". (G. J., t. 53, pág. 476).

Además, por exigencia perentoria de la ley del petróleo, para que prospere un aviso como el que es materia de este juicio, el terreno correspondiente ha de aparecer **precisamente determinado.**

Ahora bien: después de un detenido examen de la titulación en referencia, la Sala concluye que es fundada la objeción que le opone el señor Procurador, ya que en realidad no contiene el proceso los elementos de convicción necesarios para considerar determinado el inmueble materia del aviso con la precisión y claridad que requiere aquella ley. Hé aquí las razones que sirven de apoyo a esta conclusión de la Sala:

I). Título de don Gaspar de Mena Loyola.

A fls. 5 v. a 7 v. del cuaderno número 3, obra la copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, del "título de una estancia de ganado mayor en tierras de la Sabandija al Gobernador don Gaspar Mena Loyola, para que las goce Pedro Hernández Cabreja".

Da cuenta dicha copia, en primer término, de la solicitud que en el particular formuló el Gobernador de Mena Loyola ante el Presidente del Nuevo Reino de Granada don Juan Fernández de Córdova y Coalla, manifestando que ha tenido y poseído "más de cuarenta años **una estancia de ganado mayor en tierras de la Sabandija, de esta parte del río grande de la Magdalena, linde con estancia de doña Leonor Ospina, y por las espaldas con estancia que fue de doña Juana de Bohórquez".** Agrega el Gobernador que dicha estancia la hubo de Francisco Ortiz Bueno, "a quien hizo merced de ella el cabildo de la ciudad de Tocaima, y porque los títulos no parecen y demás papeles tocantes a ella y se me pueden originar pleitos, y para obviarlos, se ha de servir vuestra Excelencia de mandar despachar título de la dicha estancia de ganado mayor, pues cuando no tuviera los dichos títulos me bastaba la posesión de ellas de cuarenta años en que he estado sin contradicción alguna....." A continuación manifiesta el Gobernador que formula su pedimento para que "pueda gozarse la dicha estancia con más legítimo título por Pedro Hernández Cabrejo, que al presente la tiene por la haber yo dado a mi yerno don Juan de Villasis, y él haberla vendido al dicho Pedro Hernández Cabrejo....." (fs. 5 v.)

En presencia de esta solicitud, el Presidente Fernández de Córdova y Coalla dispuso "se diese infor-

mación sobre lo referido en la dicha petición ante el presente escribano de cámara y mayor de Gobernación....." En acatamiento de esta orden, el peticionario de Mena y Loyola presentó como testigos a los señores Andrés Díaz del Campo, Francisco de Albornoz y Miguel García de la Rada, quienes rindieron su declaración, en Mariquita, el día 9 de abril de 1652, ante el Escribano de cámara y mayor de Gobernación Juan Florez de Ocaris.

Andrés Díaz del Campo, vecino de Mariquita, dijo en síntesis: "..... que de cuarenta años a esta parte, poco más o menos, ha visto poseer al Gobernador don Gaspar de Mena Loyola la estancia que se contiene en estos autos, que linda por la parte de arriba con estancia de Diego Muñoz, que al presente poseen sus hijos hasta la boca del río de la Lagunilla vieja; y por la parte de abajo aguas corrientes del río grande, linde con estancia de doña Leonor Caicedo, viuda, mujer que fue de Domingo Márquez; y por la parte de las espaldas con estancia de doña Juana de Bohorquez, que llaman el potrero....." Afirma también el testigo que "ha visto en diferentes tiempos continuadamente que ha sembrado en la dicha estancia maíz el dicho Gobernador don Gaspar de Mena Loyola, gozándola como cosa suya y teniendo en ella su gente....." (fs. 6).

Francisco de Albornoz dijo que "hará cuarenta años, poco más o menos, que reside en esta dicha ciudad y en este tiempo ha visto que el dicho Gobernador don Gaspar de Mena y Loyola ha poseído sin contradicción alguna la estancia a que se refiere, que es arriba de la boca de la Sabandija, orillas del río grande de la Magdalena, lindando por la parte de arriba con estancia de Diego Muñoz Mercado; y por abajo con estancia que fue de Domingo Márquez, y posee su mujer doña Leonor de Caicedo; y por las espaldas con estancias de doña Juana de Bohorquez..." (fs. 6 v., c. número 3).

Finalmente, Miguel García de la Rada manifestó: "..... que de más de treinta y cinco años conoce por dueño de la estancia que se refiere al Gobernador don Gaspar de Mena Loyola, la cual es de esta banda del río Grande de la Magdalena, en un sitio que llaman Chapaima y la boca vieja de La Lagunilla; lindando por la parte de arriba del río con estancia de Ambrosio Muñoz Mercado; y por la parte de arriba de la sierra, con doña Juana de Bohorquez; y por la parte de abajo del río, con doña Leonor de Caicedo, viuda de Domingo Marquez....." (fs. 7, id.)

Producida la información anterior, el Presidente Fernández de Córdova y Coalla concedió en los siguientes términos la merced de que se trata: "Y todo visto por mí, di el presente. Por el cual en nombre del Rey nuestro señor y en virtud de la facultad que suya tengo, doy y hago merced al dicho Gobernador don Gaspar de Mena Loyola de la estancia de ganado mayor que ha poseído en la parte y lugar y con los linderos expresados en su petición y información suso inserta, y con la antigüedad de la dicha su posesión, para que la tenga y goce Pedro Hernández Cabrejo, vecino de la ciudad de Santa Fé, en quien ha venido a parar, como arriba se refiere, y la posea y haga de ella lo que le pareciere como cosa suya, y quien del tuviere título y causa, la cual dicha merced sea sin perjuicio del derecho de su Majestad y de otro tercero que mejor le tenga, y todo lo referido se guarde y cumpla, atento a que consta haber enterado lo que toca a la media anata por la certificación siguiente..... Y en esta conformidad, mando a las justicias de esta ciudad, den y hagan dar la posesión jurídica de la dicha estancia al dicho Pedro Hernández Cabrejo, y en ella le amparen y defiendan y no consientan sea despojado sin primero ser oído y vencido conforme a derecho, pena de doscientos pesos de buen oro para la cámara de su Majestad, fecho **en la ciudad de Mariquita, a doce de abril de mil seiscientos y cincuenta y dos.** EL MARQUES DE MIRANDA. Por mandato del señor Presidente Gobernador y Capitán General, DON JUAN FLOREZ DE OCARIZ....." (fs. 7, id.)

El anterior título-merced es uno de los documentos que fueron allegados al proceso durante el término de prueba del juicio ante la Corte, y es el más antiguo de los dos títulos con que la Compañía avisante considera establecida la propiedad particular sobre el subsuelo petrolífero de la finca materia del aviso. De tal suerte que en orden cronológico procede examinar primero el referido título, a efecto de precisar si en él se encuentran datos que determinen inequívocamente el globo de terreno a que la citada merced se contrae.

De acuerdo con ésta, la estancia adjudicada a Mena y Loyola ha de encontrarse ubicada **"en la parte y lugar y con los linderos expresados en su petición y información suso inserta....."** En tales circunstancias, debe observarse ante todo que por haber sido hechas la solicitud y la merced en la ciudad de Mariquita, el terreno en cuestión debía estar ubicado en la margen izquierda del río Magdalena, ya que en el título se habla de **"una estancia de ganado mayor..... de esta parte del río grande de la Magdalena....."**

Ahora bien: en cuanto a los linderos propiamente dichos, y a la luz de la solicitud formulada por Mena Loyola y de la información testimonial complementaria, se tiene lo siguiente:

Por el norte, es decir, **"por la parte de abajo"** según los testigos, el terreno linda con estancia de **Leonor Caicedo de Marquez.**. Por el sur, o sea por la parte de arriba, según los mismos testigos, limita con estancia de Diego y Ambrosio Muñoz Mercado. Por el occidente, es decir, "por la parte de las espaldas", la estancia lindaba con terrenos de doña Juana de Bohórquez. Finalmente, el río Magdalena aparece señalado como lindero oriental, según la expresa referencia que en el particular hacen los testigos Díaz del Campo y Albornoz.

Las precedentes observaciones ponen de relieve que en realidad la estancia de que se trata apenas está determinada con un lindero arcifinio inconfundible: el río Magdalena. Empero, la Compañía avisante sostiene que están también claramente determinados los ríos Sabandija y Lagunilla como linderos arcifinios de la misma estancia. Esta afirmación no la encuentra la Sala debidamente fundada en las constancias del proceso, por estos motivos:

Cuando el señor de Mena y Loyola manifiesta que ha poseído "una estancia de ganado mayor en tierras de la Sabandija", y cuando el testigo Albornoz manifiesta que dicha estancia se encuentra "arriba de la boca de la Sabandija", no están señalando inequívocamente esa corriente de agua como uno de los linderos del terreno correspondiente. Tales datos, que son los únicos contenidos en el título-merced en relación con el río Sabandija, son más bien complementarios de los que en el mismo título se consignan al decir los tres declarantes citados que por el "lado de abajo', es decir, por el norte, la estancia limitaba con tierras de Leonor Caicedo de Márquez.

Por lo que hace al río Lagunilla viejo o simplemente Lagunilla, que según el avisante viene a constituír el lindero sur de la misma estancia, tampoco ofrece el título-merced ninguna información precisa e inequívoca sobre el particular. Es cierto que el testigo Díaz del Campo manifiesta que el terreno poseído por Mena y Loyola "linda por la parte de arriba con estancia de Diego Muñoz, que al presente poseen sus hijos hasta la boca del río de la Lagunilla vieja". Por su parte el testigo García de la Rada dice que la estancia "es de esta banda del río grande de la Magdalena, en un sitio que llaman Chapaima y la boca vieja de la Lagunilla". Pero estas dos referencias al río Lagunilla son de suyo tan imprecisas que no permiten aceptar el río Lagunilla como lindero sur del precitado terreno, existiendo sobre todo la afirmación unánime de los tres testigos en el sentido de que por la parte de arriba o sea por el sur, la dicha estancia lindaba con tierras de los Muñoz Mercado.

De consiguiente, el título-merced que se examina sólo permite sentar esta conclusión: que la estancia adjudicada en 1652 a don Gaspar de Mena y Loyola limitaba al oriente con el río Magdalena, al sur con tierras de Diego y Ambrosio Muñoz Mercado, al norte con terrenos de Leonor Caicedo de Márquez y al occidente con estancia de doña Juana de Bohórquez. Además, dadas las referencias que en el título se hacen a los ríos Sabandija y Lagunilla, a lo sumo puede conjeturarse que el terreno correspondiente debía estar ubicado **en la zona** comprendida entre estos dos ríos, pero sin que ellos constituyan precisamente los respectivos linderos arcifinios del mismo terreno.

Así las cosas, el único lindero arcifinio debidamente establecido es el oriental, que está constituído por el río Magdalena, en su margen izquierda u occidental. Y por lo que hace a los tres linderos restantes, se hace necesario examinar las demás informaciones procesales, a efecto de determinar si ellas contienen datos precisos relativos a la ubicación y linderos de las tierras que se citan en el título-merced como colindantes de la estancia en mención, o sean las que en 1652 estaban poseídas por los Muñoz Mercado, Leonor Caicedo de Márquez y Juana de Bohórquez.

Empezando por los documentos de época anterior al año de 1652, se tiene lo siguiente:

1. A fls. 12 v. a 13 del c. número 3, obra copia de la escritura otorgada "..... en la ciudad de Mariquita, a diez y siete días del mes de mayo de mil y quinientos (sic) y cincuenta años", ante el Escribano Juan Rico de Solís, por la cual Sebastián de Luque Osorio, como sobrino y heredero universal del Capitán Ambrosio Morales", reconoce un censo en favor de Juana Cetare, "sobre dos estancias de ganado mayor que son en términos de la ciudad de Tocaima, sobre el río que llaman de la Sabandija". A excepción de lo transcrito no contiene dicho documento ningún otro dato encaminado a determinar las tierras materia del censo.

2. A fls. 17 a 19 del mismo cuaderno, obra copia de la escritura otorgada en el Real de Las Lajas el día 22 de mayo de 1628, ante el Escribano Gabriel Sánchez, por la cual Gaspar del Say, vecino de Mariquita, vende al padre Andrés Ruiz Osorio de Saajosa, "el hato que tengo de ganado mayor en términos de la ciudad de Tocaima, sobre el río que llaman de la Sabandija, que se entiende todas las tierras que tengo y poseo que son dos estancias y media, de ganado mayor, la una o lo que pareciere ser, es y se entiende desde el camino real que va desde la ciudad de Mariquita a la de Tocaima, a la mano izquierda, como vamos por dicho camino; porque aunque Matías de Guevara, mi hermano, y yo, heredamos dos

caballerías de nuestros padres, partímos la dicha tierra con igualdad, y la que tocó a mano derecha, hacia la sierra, perteneció al dicho Matías de Guevara, mi hermano, y las tierras de la mano izquierda, hasta donde alcanzare la medida, me tocó a mí, y me pertenece; y lo demás es la caballería que hube y compré en almoneda, en la que se hizo de los bienes que quedaron por fin y muerte de Juan Marín, y media estancia de ganado mayor que hube y compré de el capitán Francisco Mendez, **lindando con las dichas caballerías hacia el rio Lagunilla,** que unas tierras se siguen a otras, linde con tierras de el capitán Francisco Bohorquez, que llaman La Lagunilla (al margen dice ojo), y tierras de el Trapiche que Francisco Antonio la hubo y compró de don Gaspar Ponce de León; y el dicho don Gaspar hubo las dichas tierras de el dicho Matías de Guevara, mi hermano, camino real por medio, y tierras del hato de Diego Muñoz Mercado, y en las que así vendo, entran el rincón que llaman de Robledo....." (fls. 17, id.) Por lo transcrito se ve que una de las estancias vendidas colindaba con tierras "del hato de Diego Muñoz Mercado", o sean las mismas tierras que aparecen colindando en 1652 con la estancia adjudicada a Gaspar de Mena y Loyola. Pero no hay otros datos que permitan conocer la ubicación de los terrenos poseídos por Muñoz Mercado.

3. A fls. 19 y 20 v. del c. número 3, obra copia de la escritura de 9 de diciembre de 1634, otorgada en Tocaima ante el Escribano Juan Pujol, por la cual Martín de Herrera Esquivel vende a Diego Muñoz Mercado, "dos estancias de ganado mayor que tengo de la otra banda del río grande de la Magdalena, términos y jurisdicción de esta dicha ciudad, en tierras que llaman de la Lagunilla, que la una hube y compré de doña Potenciana, mi hermana, difunda, que es la que le cupo de parte de su legítima y herencia, y corre desde un cerro alto del dicho río de la Lagunilla vieja al río de Cuamo, confirmada por el señor licenciado Zorrilla; y la otra desde otro cerro de esta banda del río de la Lagunilla vieja, corriendo al río de los Bledos arriba, de donde hoy tiene sus bohíos y corrales el dicho Diego Muñoz, y el cerro le partió el río de la Lagunilla vieja, y ambas a dos estancias debajo de los linderos que se contienen y declaran en los títulos que originalmente le tengo entregados....." (fs. 19 v.)

La escritura que acaba de examinarse contiene varios datos relacionados con la ubicación de las tierras poseídas por Diego Muñoz Mercado, a quien en el título-merced de 1652 se señala como uno de los poseedores de terrenos situados al sur de la estancia materia de dicho título. Tales datos son: "un cerro alto del dicho río de la Lagunilla vieja al río Cuamo", y "otro cerro de esta banda del río de la Lagunilla vieja, corriendo al río de los Bledos arriba, de donde hoy tiene sus bohíos y corrales el dicho Diego Muñoz, y el cerro le partió el río de la Lagunilla vieja....."

Observa la Sala que al final de la escritura en mención existe la siguiente certificación expedida por el citado Escribano Juan Pujol, dando cuenta de la composición de una estancia, que al parecer es una de las que Diego Muñoz Mercado compró a Martín de Herrera Esquivel:

"..... Está compuesta esta estancia que reza este título, por Diego Muñoz Mercado con otras, como consta de los títulos y demás recados que presentó a la dicha composición, de lo cual parece pagó sesenta patacones y dos reales que se le repartieron por todas ellas, con que pagó enteramente todo lo que le cupo en la dicha composición, como consta por recibo y carta de pago de Francisco Esquivel, procurador general, y juez comisario por el Cabildo, Justicia y Regimiento, para las dichas cobranzas, su fecha en veinte y seis de febrero del año pasado de mil y seiscientos y treinta y seis años; y porque de ello conste, lo certifico en Tocaima, en cinco de enero de mil y seiscientos y treinta y ocho años, y en fé de ello lo signé En testimonio de verdad: Juan Pujol....." (fs. 20 v., c. 3).

4. A fls. 20 v. a 22 del mismo cuaderno, obra copia de la escritura de 20 de octubre de 1636, otorgada en Santafé ante el Escribano Francisco de Agudelo, por la cual el capitán Ambrosio de Morales Bocanegra traspasa un censo al bachiller Gonzalo de Castro, "sobre las tierras y estancias que tengo entre el río que llaman de la Lagunilla y el de la Sabandiga, que las hube y heredé del licenciado Andrés Ruiz Osorio, presbítero, con los cañaverales que en ellas están sembrados, que serán hasta dos mil botijas de miel, poco más o menos....."

La precitada escritura da cuenta, pues, que Morales Bocanegra tenía unas tierras y estancias entre los ríos Lagunilla y Sabandija, sin que allí se señalen otros puntos de referencia encaminados a precisar la ubicación y linderos de las tierras materia del censo.

Las escrituras hasta aquí analizadas son todas anteriores al título-merced de 1652, por el cual Gaspar de Mena y Loyola adquirió la estancia materia de dicho título. Siguen ahora las posteriores a ese año, cuya relación y análisis también se hacen con el objeto de comprobar si hay en ellas datos precisos que contribuyan a poner de relieve la ubicación y linderos de las tierras que en ese mismo título-merced se señalan como colindantes de la estancia en mención.

5. Obra a fls. 13 a 15 v. del c. número 3, copia de

la escritura de 5 de julio de 1653; otorgada en Mariquita ante el Escribano Andrés Jerónimo de Rueda, por la cual Sebastián de Luque Osorio y Saajosa, por sí y como albacea y universal heredero del capitán Ambrosio Morales Bocanegra, vende al capitán Andrés Caro Velásquez, "la hacienda que tengo en San Lorenzo de la Lagunilla, término y jurisdicción de la ciudad de Tocaima, en la forma y por los precios que aquí irá declarando: Primeramente todas las tierras que tengo, poseo y [illegible] el dicho mi tío, así de trapiche como de ganados y las que llaman de las Cimarronas, con todo lo que en ellas me pertenece, y se comprehenden entre los dos ríos de la Laguna y Sabandija, deslindadas en las escrituras, títulos y recaudos que le tengo entregados, con las casas y corrales del hato, casa y platanal que tengo en las Cimarronas....." Luégo manifiesta, el vendedor que vende dichas tierras "con todas sus entradas y salidas, usos y costumbres, derechos y servidumbres cual las tiene y de derecho le pertenece, con cargo de seis mil pesos de a ocho reales de el principal de los censos que sobre las dichas haciendas están impuestos y cargados, en la forma siguiente: Un censo en favor de Juana Cetare, de cuantía de setecientos patacones de principal....." Por último, el mismo vendedor hace estas dos declaraciones finales: "..... Y es declaración de esta escritura, que de las tierras que hube y heredé del dicho capitán Ambrosio Morales, mi tío, vendí al dicho Pedro Luque de Castro, mi hermano, un pedazo de ellas, que llaman el Potrero de Robledo, en precio de cuatrocientos patacones, con cargo y calidad de que en cualquier tiempo que él, o sus herederos lo quisieren vender, ha de ser con consentimiento mío, para que si lo quisiere por el tanto que por ello le dieren, vuelva a mí y quede por mío, en que ha de ser preferido, como parece del papel que de la dicha venta le hice, en cuya conformidad le tengo de hacer escritura, y este derecho cedo, renuncio y traspaso en el dicho comprador para que suceda en él con las mismas fuerzas de esta escritura. Y otrosí: es declaración que el dicho mi tío hizo donación a doña Teresa Suárez de Figueroa, su prima, mujer que fue del capitán Gaspar del Saz, de un pedazo de tierra en la orilla del río de la Sabandija, con cargo de que no le pudiese vender, ni enajenar, como consta de la escritura que de ello le hizo, y con las calidades de ella; cuyo derecho asimismo cedo y renuncio y traspaso en el dicho comprador con la misma sustancia y solemnidad de esta escritura....." (fs. 15).

Las tierras de que trata la escritura en mención vienen a ser las mismas relacionadas en la escritura del 20 de octubre de 1636, sobre traspaso de un censo a Gonzalo de Castro, es decir, las tierras que en dicho año decía poseer Ambrosio de Morales Bocanegra "entre el río que llaman de la Lagunilla y el de la Sabandija". Y la falta de linderos precisos en una y otra escritura impide saber con certeza la ubicación de las tierras materia de tales documentos. En la escritura de 1653 se da el nombre de "Las Cimarronas" y "Potrero de Robledo" a parte de las tierras situadas "entre los dos ríos de la Laguna y [illegible]ija", pero sin añadir nuevos datos que contribuyan a determinar con mayor precisión los inmuebles distinguidos con tales denominaciones. En el plano presentado con el aviso, no figuran "Las Cimarronas" ni el "Potrero de Robledo". Empero, en el esquema general de las tierras materia de este juicio, presentado por la Compañía avisante con su alegato de conclusión y que se dice tomado de un levantamiento aerofotográfico realizado por cuenta de aquélla, aparece localizado un punto distinguido con el nombre de "Robledo", entre la quebrada de este mismo nombre y la de "Molosal". Mas este sitio se encuentra a considerable distancia de la zona en que según el mismo esquema debe considerarse ubicada la estancia adjudicada a de Mena y Loyola en 1652, y ni siquiera aparece comprendido dentro del globo mayor conocido con el nombre de La Laguna, que según se dijo anteriormente está señalado por la misma Compañía como origen remoto de la finca "La Florida", materia del aviso.

6. A fls. 15 v. a 17 del mismo cuaderno, obra copia de la escritura de 8 de marzo de 1656, otorgada en Santafé ante el Escribano público Clemente Garzón, por la cual Sebastián de Luque Osorio y Saajosa, heredero del capitán Ambrosio de Morales, vende a Pedro Luque de Castro un "pedazo de estancia", "que llaman de Robledo, y tengo y poseo en términos de la ciudad de Tocaima, y se entiende desde un farallón alto que linda con el potrerillo que llaman de doña Jerónima de Guevara, y están por frente del hato de la Tasajera, corriendo hacia el río de la Sabandija, línea recta por sobre unos farallones, que se siguen unos a otros, hasta dar en un farallón alto, que llaman el del Guacamayero; que puestos en el dicho farallón se mira hacia donde nace el sol y el río grande de la Magdalena, y se deslinda con una sierra alta que va hacia el dicho río de la Magdalena, que dicha sierra divide los dichos potreros y rincones, que llaman de las Cimarronas y Robledo, quedando todas las vertientes de la parte de adentro del dicho potrero por del dicho Pedro Luque de Castro; y las que caen a lo llano de las tierras, que por venta que yo el dicho otorgante hice en favor del capitán Andrés Caro Velásquez, por del dicho capitán; y desde el dicho primer lindero y farallón alto del dicho potrerillo, linde corriendo

hacia el río grande de la Magdalena; todo lo que alcanzara la medida de la dicha estancia principal porque esta dicha tierra es un pedazo de la dicha estancia hasta dar con tierras de Florencio Muñoz Mercado (al margen dice ojo), y desde el segundo lindero y farallón alto del Guacamayero, corriendo por la falda de la dicha sierra alta, que dicen de los dichos dos rincones de Robledo y las Cimarronas, por la falda adentro del dicho Robledo hacia el dicho río grande de la Magdalena....." (fs. 16, id.)

De lo anteriormente transcrito se infiere que la escritura en mención trata de las mismas tierras que en la precedente de 1653 aparecen distinguidas con el nombre de "Potrero de Robledo". Empero, los puntos de referencia de los linderos que en la escritura de 1656 se señalan a tales tierras, salvo el río Magdalena y el Sabandija, no pueden determinarse a la sola luz de dicho documento. Revisados el plano y el esquema general a que se hizo alusión anteriormente, tampoco encuentra allí la Sala — excepción hecha de aquellos dos ríos — ningún dato que contribuya a poner de relieve cuáles fueron en realidad las tierras que Sebastián de Luque Osorio y Saajosa vendió a su hermano Pedro Luque de Castro. Se repite que en el referido esquema general figura un sitio con el nombre de Robledo, que está muy distante de la zona en que aparece ubicada La Florida y que ni siquiera se encuentra comprendido dentro de los límites que allí se señalan a la antigua hacienda llamada "La Laguna".

7. A fls. 7 v. a 12 v. del c. número 3, obra copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, de las declaraciones que a solicitud de don Juan de Arciniegas Rangel fueron rendidas en julio de 1709 por Juan Rodríguez, Atanasio de Esquivel, Domingo Pacheco, Francisco de la Cruz Campos, Mateo y Miguel Hernández, y Bartolomé de los Reyes Portillo, ante el alcalde ordinario del partido del río grande, de la jurisdicción de la ciudad de Tocaima. Con tales declaraciones se proponía acreditar el peticionario Arciniegas Rangel que era poseedor desde mucho tiempo atrás de "cuatro estancias de ganado mayor y seis de pan cojer", que había adquirido "por postura que hice en públicos pregones que se dieron en la ciudad de Mariquita, a que me remito, las cuales pertenecen a capellanías de ánimas y las sirve el licenciado don Nicolás Bohorquez y la Rotta, vicario, juez eclesiástico de dicha ciudad de Mariquita....." (fs. 7 v.)

De la información solicitada, que se decretó en auto del 16 de julio de 1709, se toman los siguientes datos:

Declaración de Juan Rodríguez. "En estos aposentos de **la Laguna,** jurisdicción de la ciudad de Tocaima, en diez y siete de julio de mil setecientos y nueve años,..... yo Juan Bautista Pérez Villamir y Casariego, alcalde ordinario del partido de dicha ciudad....., hice llamar, y llamé a Juan Rodríguez, de quien por ante mí y testigos, recibí juramento...., y habiéndole leído el apuntamiento de la hipoteca y petición presentada, dijo y respondió lo siguiente: que sabe, por haberlo visto, poseer a don Diego Guillermo, por su fallecimiento, a doña **Juana Jimeno de Bohórquez,** y después..... (cosido) el testigo que la poseyó, el licenciado don Nicolás Jimeno de Bohórquez, quien le dijo al testigo, y le hizo capaz de los linderos de dichas tierras que son dichos linderos, y lo que ha visto poseer y poseyeron las personas arriba referidas, que es el lindero de la parte de abajo, una quebrada que baja de la montaña llamada **Zamba;** y que desta banda vido vivir y trabajar en rocerías siempre, desde que tiene uso de razón el testigo, a la gente, así esclavos como agregados de la dicha **tierra y hacienda de La Laguna** y que asimismo le dijo y vido poseer a los sobredichos poseedores, corriendo río arriba de la Sabandija, hasta la quebrada que llaman **Cetare,** menos una vega que llaman Chicualú, porque esta la ha visto poseer el declarante a otros dueños; y que sabe el declarante, por haberlo visto vivir en dicha boca de Cetare a Diego Hernández, por orden y consentimiento del capitán don Diego Guillermo, a quien fue el primero que conoció dueño de dichas tierras, que así lo ha visto; y que desde la boca de dicha quebrada de Cetare, corriendo por la falda de abajo, que llaman de los Peñones, lindando con tierras de Gaspar del Sas hasta la boca de otra quebrada, nombrada la Cimarrona; y de allí, echando la mira por bajo de un cerro llamado La Teta, hasta dar donde entra el río viejo de La Lagunilla, cogiendo río viejo abajo hasta dar donde entra en el río grande de la Magdalena; y de allí río grande abajo, hasta donde vivía un pardo, llamado Andrés de Bocanegra, que viene a ser dicho sitio donde vivía el dicho Andrés de Bocanegra en la orilla del río grande, que a su parecer, dice el testigo, que habrá de distancia de la boca de la Sabandija, río grande arriba, poco más o menos, a su parecer, que lo que hay de distancia de los asientos y población vieja del padre don Nicolás del río de la Sabandija, por el camino donde se pasa para la ciudad de Mariquita....." (fs. 8 v.)

Atanasio Esquivel, después de leérsele "el apuntamiento de la hipoteca donde señala los linderos que han tenido estas **tierras de la Laguna,** dijo y respondió lo siguiente: que ha conocido en estas tierras por sus dueños y poseedores, la primera a doña Juana de Esquivel, mujer legítima del capitán Florencio Muñoz Mercado, quien hizo la imposición y car-

gó y situó sobre estas tierras la capellanía o capellanías que refiere el apuntamiento de la hipoteca; y que después acá la ha visto ir poseyendo a los demás hermanos, como fueron doña **Juana de Bohorquez** y al comisario don Nicolás Jimeno de Bohorquez, sin contradicción ni contienda alguna, desde la boca de la Sabandija, río arriba hasta la boca de la quebrada que llaman de Cetare, que se desagua en dicho río de la Sabandija; y de allí, por la falda de los Peñones, lindando con tierras de Gaspar del Saz. hasta la boca del monte de otra quebrada nombrada Cimarrona, y toda la demás tierra que se señala en dicho apuntamiento....." (fs. 9. v.)

Los testigos Domingo Pacheco, Francisco de la Cruz Campos, Mateo y Miguel Hernández, declaran de consuno sobre el hecho de que las tierras de La Laguna fueron poseídas, entre otras personas, por doña **Juana Bohórquez,** pero no señalan los linderos correspondientes.

Por último, el testigo Bartolomé de los Reyes Potillo manifestó que había visto a doña Juana de Bohórquez las mismas tierras de **la Laguna** por estos linderos: ".....desde la boca de la quebrada que llaman **Zamba,** que desagua en el río de la Sabandija, dicho río arriba hasta dar en la boca de Cetare y alto de la Cimarrona....." (fs. 12). Luégo manifestó el testigo que él "tuvo arrendada la estancia del Volcán más de veinte años, desde tiempo de don Diego Muñoz Guillermo Mercado; y que ha pagado el arrendamiento, y que dichas tierras vido poseer y alcanzan desde la Teta, que así se llema el cerro hasta la boca de la quebrada que llaman Mojabobos, y todo lo demás que pertenecen a dichas tierras y ha poseído y poseyeron, así el dicho Florencio Muñoz, el comisario don Nicolás, y doña **Juana Bohorquez**..."

Las declaraciones que acaban de relacionarse podrían servir a lo sumo para tratar de determinar las tierras que poseyó doña Juana de Bohórquez, y que como se vio al tratar de la estancia adjudicada a Mena y Loyola en 1652, fueron señaladas expresamente en el título-merced como lindero occidental de dicha estancia. Claro está que conocidas inequívocamente aquellas tierras se avanzaría bastante en el camino de la determinación del terreno abjudicado a Mena y Loyola en ese año. Empero, los linderos que señalan los testigos anteriormente citados, por ser incompletos, no permiten saber con certeza cuál es precisamente el inmueble a que los declarantes hacen referencia.

En efecto, el testigo Juan Rodríguez, cuya declaración es la más completa en materia de linderos, afirma que las tierras de la Laguna se extendían río arriba de **la Sabandija,** hasta la quebrada de Cetare, y "desde la boca de dicha quebrada de Cetare, corriendo por la falda de abajo, que llaman de los Peñones, lindando con tierras de Gaspar del Sas hasta la boca de otra quebrada, nombrada la Cimarrona; y de allí, echando la mira por bajo de un cerro llamado la Teta, hasta dar donde entra en el río viejo de la Lagunilla, cogiendo río viejo abajo hasta dar donde entra en el río grande de la Magdalena; y de allí río grande abajo, hasta donde vivía un pardo, llamado Andrés de Bocanegra....."

En el precitado esquema general de las tierras materia del juicio, aparecen localizadas las de doña Juana de Bohórquez al occidente de la estancia adjudicada a Mena y Loyola en 1652. Pero si se tiene en cuenta la información testimonial producida en 1709, es preciso aceptar que las tierras poseídas por la dicha señora se extendían también al sur de la precitada estancia, pues según el testigo Juan Rodríguez, tales tierras llegaban al río Lagunillo viejo, y por este río abajo hasta su desembocadura en el Magalena. En estas circunstancias surge una contradicción entre dicha información y lo que en el particular se dice en el título-merced de 1652, como quiera que en éste dice que la estancia adjudicada a Mena y Loyola limita al sur con tierras de Diego y Ambrosio Muñoz Mercado. Tal contradicción puede tener su origen en el hecho de que los linderos de las tierras poseídas por la señora de Bohórquez sufrieran cambios de consideración en el paso comprendido entre 1652 — año en que se concedió la merced — y 1709, en que se recibió la información testimonial de que se ha hecho mérito. Y como en el expediente no hay constancia acerca de los linderos de tales tierras en el año de 1652, al menos en aquella zona que lindaba con la estancia adjudicada a Mena y Loyola, se hace prácticamente imposible determinar con la debida precisión el lindero **occidental** de esa misma estancia.

Y como igual dificultad subsiste en cuanto a los linderos **norte** y **sur,** según quedó visto anteriormente, surge como conclusión necesaria que no está determinado — con la precisión requerida por la ley— el globo de terreno a que se contrae la merced concedida en 1652 a Gaspar de Mena y Loyola, globo dentro del cual se encuentra encerrada, según las afirmaciones de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, la finca "La Florida", materia hoy del aviso de exploración.

II. Título emanado del Estado en virtud de la Ley de 6 de agosto de 1821.

En relación con este título, el señor apoderado de la Compañía avisante formula estas alegaciones:

"En el cuaderno principal del expediente aparece la cesión que Miguel, Antonia, y Ana María Escandón hacen al convento de San Francisco de Mariquita en escritura otorgada en dicha ciudad en noviembre de 1818 de las tierras nombradas de Méndez.

Es sobradamente conocida la Ley de 6 de agosto de 1821 que dispuso la supresión de todos los conventos menores y que en su artículo 2º ordenó que "todos los bienes muebles, raíces, censos, derechos y acciones" se aplicarán para la dotación y subsistencia de los colegios o casas de educación de "las respectivas provincias". La ley de 5 de mayo de 1834, aclaró el artículo 2º antes citado, advirtiendo que "la provincia respectiva" de que trata dicho artículo "será la provincia en donde se hallen situados dichos bienes".

"Por decretos dictados el 21 de diciembre de 1822, el Presidente de la República General Francisco de Paula Santander creó una escuela de primeras letras y el colegio de San Simón en la provincia de Mariquita". En dichos decretos se fijan como rentas al colegio y escuela los bienes de los conventos suprimidos en la provincia de Mariquita, y entre ellos se menciona expresamente "el convento suprimido de San Francisco".

"También figura en el cuaderno principal, de los folios 103 a 111 unos interesantísimos documentos donde aparecen claramente delimitadas las llamadas tierras de Méndez, la tradición de éstas y la posesión que de ellas tuvo primero el convento de San Francisco y después el colegio de San Simón.

"Allí puede verse, lo mismo que en otros documentos que obran en autos, que las tierras de la Laguna que pertenecieron a doña Juana Gayón fueron adquiridas en remate por don José Crespo Malo, sobrino de dicha señora, que después pasaron a poder de su hijo don José Joaquín Crespo Malo, y más tarde dieron origen al pleito que se presentó entre el colegio de San Simón, por una parte, y Mateo Viana, por la otra, pleito que fue transado, según aparece de la escritura otorgada en Ibagué el 15 de octubre de 1850, cediendo el colegio sus derechos al citado Mateo Viana.

"Se encuentran además en el cuaderno principal el censo que reconoció Miguel Serna sobre las tierras de Méndez pertenecientes al convento de San Francisco, el 13 de enero de 1823 (folio 116 del cuaderno de pruebas), y en el cuaderno de pruebas las escrituras de 3 de julio de 1835 y 16 de marzo de 1849 otorgadas en Ibagué, en las cuales aparece el arrendamiento hecho por el colegio de San Simón al Presbítero Pedro Aguirre de las tierras de Méndez y el reconocimiento de un principal sobre las mismas tierras, a favor del colegio que hace Antonio Salazar como subrogado de Justo Pastor Aguirre (fs. 29 a 34 vuelto del cuaderno de pruebas).

"Todo lo anterior demuestra en forma muy completa, que las tierras de Méndez, sobre cuya determinación y relación con la actual finca de "La Florida" se hablará en capítulo especial, pertenecieron y estuvieron en poder primero del Convento de San Francisco y después al suprimirse dicho convento y en virtud de las leyes y decretos citados pasaron a poder del Colegio de San Simón de Ibagué.

"Se vio igualmente que el Colegio de San Simón de Ibagué transó el pleito sobre dichas tierras, cediendo su posesión y propiedad a Mateo Viana. Y esta transacción se hizo sujetándose en un todo a las disposiciones legales vigentes entonces.

"En efecto, la ley de 6 de agosto de 1821 en su artículo 4º declaraba inenajenables los bienes raíces y muebles que hubieran pertenecido a los suprimidos conventos menores, pero la ley de 7 de abril de 1826 autorizó la enajenación de esos bienes, y confirió esa atribución a los gobernadores de las provincias respectivas. En la escritura de transacción se encuentran insertas las aprobaciones que a la transacción impartieron no sólo el Gobernador de la Provincia, sino la Cámara de la misma.

"Demostrado como está lo anterior, resulta claro que en este caso, muy semejante a otros conocidos y fallados favorablemente por esa Honorable Corte, existe también un título emanado del Estado, por cuanto aparece comprobado que las tierras de Méndez, que pertenecieron al Convento de San Francisco, fueron expropiadas por el Estado Colombiano, junto con otros bienes raíces de esa extinguida comunidad y adjudicados al Colegio de San Simón, quien en la transacción conocida y con las formalidades necesarias, cedió todos sus derechos al señor Mateo Viana, causante del actual propietario de la finca "La Florida", que constituye la mayor parte de las antiguas tierras de Méndez, o sea mi poderdante don Roberto Bonnet" (fs. 17 a 18 del c. número 2).

Como se ve por la transcripción precedente, el título de que se trata dice relación al globo de terreno denominado "tierras de Méndez", el cual viene a constituír el origen remoto de la finca "La Florida", materia del aviso de exploración. De tal suerte que la Sala procederá en seguida a examinar la documentación correspondiente, a efecto de constatar, como cuestión previa, si el inmueble descrito en dicha documentación aparece determinado con la precisión que requiere la ley y que es base indispensable para el examen del fondo mismo del derecho de propie-

dad alegado, según quedó dicho al principio de esta providencia.

Sobre el particular la Sala considera lo siguiente:

Las tierras de Méndez y la finca "La Florda"

I El documento más antiguo en que se hace referencia a las llamadas tierras "del Pueblo de Méndez", es la escritura del 2 de septiembre de 1809, otorgada en Mariquita, por la cual don Miguel Navarro y Guerra formalizó el testamento de don Joaquín Crespo Malo, según poder que éste le confirió. La escritura en mención contiene apenas una breve referencia a algunos de los inmuebles que el señor Crespo Malo estimaba de su propiedad. Y en cuanto al inmueble de que se trata, sólo existe en dicha escritura esta sola alusión: "..... Me comunicó que eran bienes suyos unas tierras que poseía del Pueblo de Méndez....." Esta referencia, como es obvio, en nada contribuye a determinar tales tierras.

2. A fls. 118 a 120 del c. número 1, obra copia expedida por el Juzgado Primero del Circuito de Honda, de lo que parecen ser los inventarios y avalúos que se hicieron en el juicio de sucesión de don Joaquín Crespo Malo. En este documento aparecen, entre otras, estas constancias: "En virtud del permiso concedido pr. el Sr. Corredr. Juez de esta causa p:a proceder a los inventarios y valores de los vienes de este finado extrajudicialmente con anuencia de los interesados pasamos a ese citio de los Haticos oy primero de julio de mil ochocientos nueve (roto), a saver Dn. Miguel Navarro y Guerra Albacea Ignacio Bañuelos qe. tambien lo es en segundo lugar y coheredero en parte de estos vienes Dn. José Ignacio Luzena tutor y curador de Dª Dionicia Crespo, no concurrió Feliciana Crespo heredera sin embargo de haver sido citada medante p:a su asistencia este dia por el segundo Albacea. Todos de comun acuerdo tuvimos a vien nombrar y nombramos p:a Justipreciador de estos vienes a Dn. Vicente Lés Flores..... en cuya virtud se dió principio en la forma y manera siguiente....." — "En la ciudad de Mariquita a veinte y cuatro de julio de mil ochocientos (roto) años continuando estas diligencias y congregados los individuos qe constan en la antecedente procedimos a hacer los inventarios y abaluos de los vienes qe. hay en esta Ciudad: en la forma siguiente:..... Las tierras de Méndez en 300 ps.... 300..... con lo cual y no hallandose de presente otros vienes se Serró esta diligencia qe firmamos los arriva citados. Miguel Navarro y Guerra. A ruego del seg. dc. Albacea, Ignacio Bañuelos, Domingo Conde. Vicente Lée. Jose Ignacio Luz-ena....." (fs. 118 v. y 119 v., c. número 1). En relación con el referido juicio de sucesión de Joaquín Crespo Malo, el mismo Juzgado del Circuito de Honda certifica: "Que examinadas las diligencias de sucesión del señor Joaquín Crespo Malo, no se halló diligencia relacionada con la partición de los bienes, ni diligencia alguna sobre adjudicación de las tierras de "Méndez" (fs 121 v., id.)

No obstante los vacíos que se advierten en el documento contentivo de los inventarios y avalúos en referencia, todo parece indicar que efectivamente se trata de los que se hicieron en el juicio de sucesión de don Joaquín Crespo Malo, ya que aparece interviniendo don Miguel Navarro y Guerra, quien como ya se vio, estaba investido del carácter de apoderado para testar en nombre de Crespo Malo y era al propio tiempo albacea principal designado por éste. También se infiere del citado documento que los inventarios se formaron — al menos en la parte que allí consta — en el mes de julio de 1809. Empero, nada se adelanta en cuanto a la determinación de las tierras de "Méndez", ya que apenas se hizo esta simple referencia al tiempo de avaluarlas: "Las tierras de Méndez en 300 ps. ....."

3. En la escritura otorgada en Mariquita en el mes de noviembre de 1818, ante el alcalde ordinario de dicha ciudad, consta lo siguiente: "En la ciudad de Mariquita a d (roto) Noviembre de mil ochocientos diez y ocho años, ante mi Jose Antonio Armero, Alcalde ordinario de primera elección en ella, y testigos con quienes actúo por falta de escribano, parecieron presentes Dn. Miguel Escandon como pral,. Dñ Antonia (roto) Ana María Escandon sus hermanas fiadoras de los trescientos cincuenta pesos que reconoció a favor del Convento (roto) Seráfico Padre Sn. Francisco de esta ciudad, quienes dijeron: Que hallandose (roto) y poder subvenir con el rédito correspondiente (roto) citado pral (roto) reconocen por la grande decadencia a que lo ha traído la fortuna, se han convenido principal y fiadoras con el R. Pd. Fray Francisco Vargas, Presidente Guardián de dicho Convento; en hacer como hacen cesión en forma de las tierras nombradas del Pueblo de Mendez, que tubieron por herencia de su prima Sra. Dionicia Crespo, las cuales se hallan libres de todo gravamen, y con ellas hacen pago (roto) principal de trescientos cincuenta pesos, dándoseles desde hoy por (roto) y chancelada la escritura que otorgaron para el seguro de él....." Más adelante consta: "Y estando presente el dcho Rdo Pd. Guardián del citado Conbento Fray Fran co (roto) habiendo visto el contesto de esta escritura otorgada a su favor, aceptó en toda forma por estar a su satisfacción..." (fs. 117, c. número 1).

El original de donde se tomó la copia en mención

"se encuentra completamente apolillado", como lo advierte el funcionario que la expidió. Pero no obstante los vacíos que allí se advierten, es posible concluír que las tierras cedidas al Convento de San Francisco de Mariquita son las mismas que en el año de 1809 se citan en el testamento otorgado por Miguel Navarro y Guerra en nombre de Joaquín Crespo y Malo, llamándolas "tierras del Pueblo de Mendez". Al parecer éstas se adjudicaron a Dionisia Crespo, hija natural y heredera de parte de los bienes de Joaquín Crespo Malo, ya que los cedentes Díaz Escandon hacen el respectivo traspaso de la propiedad del inmueble, manifestando que lo adquirieron "por herencia de su prima Sra. Dionicia Crespo....." Empero, nada se dice en la escritura de cesión en cuanto a la alinderación de las tierras de Méndez, en forma tal que éstas continúan tan indeterminadas como cuando aparecen mencionadas por primera vez en el año de 1809.

4. En escritura de 13 de enero de 1823, otorgada en Mariquita ante el Escribano público de esta ciudad, consta lo siguiente: "En la ciudad de Mariquita en tres de Enero de mil ochocientos veinte y tres: ante mi el presente Escribano pbco. y de Cabildo parecieron presentes los S.S. MIGUEL SERNA como pral. reconocedor y Pedro MENDES como su fiador y llano pagador, y el Sor. Administrador de los Combtos. Subprimidos JOSE ROMUALDO GUZMAN, a quienes yo el Escmo. doy fé de conosco y dijeron el primero qe. se constituye a reconocer a senso las **tierras nombradas de "MENDES"** pertenecientes al Combto. de S. Francisco en el valor de quinientos pesos patacones de a ocho rs. las qe. pertenecían antes a los señores Miguel Escandon y sus hermanas y ahora al referido Convto. subprimido..... (roto) seción qe. hicieron dhos. Sres. de dhas. tierras según consta en el protocolo del año de mil ochocientos diez y ocho, las cuales recivo por sus mismos linderos usos y costumbres....." (fs. 116 c. número 1).

En la escriura que se examina no se expresaron los linderos de las tierras de "Méndez", en relación con las cuales reconoció un censo el otorgante Miguel Serna. Empero, es probable que se trate del mismo inmueble que con igual indeterminación cedieron los hermanos Dias Escandon al Convento de San Francisco de Mariquita por escritura del mes de noviembre de 1818.

5. Obra a fls. 39 v. a 40 del c. número 3 copia de la escritura otorgada en Honda el 23 de julio de 1828, ante el alcalde segundo municipal, en la cual consta, entre otras cosas, lo siguienee: "En la ciudad de Honda, a veintitres de Julio de mil ochocientos veintiocho, ante mi el Alcalde 2º Municipal y testigos que se nominarán por ausencia del único escribano, pareció presente el Sr Pablo Castillo, vecino de la Parroquia de Mendez de este Canton, a qn certifico conosco y dijo: Que por cuanto el Sr. Dolores Salazar de..... (roto) .....mo vecind-o qe tenia en arrendamiento las tierras 11..... (roto) .....das de Mendez, qe dan principio en la boca de Sabandija del mismo Mendez, y siguiendo por el Magdalena arriba (roto) .....fenecer en el Peñón de Chaguaní, en cantidad de treinta y cinco ps pagaderos cada un año al apoderado del Col..... (roto) de San Simon de Ibagué, como correspond-te anteriormente al Convento suprimido de San Fran-co de Mariq-ta (roto)..... en consecuencia teniendo tratado dicho arrendamiento en virtud de la separación hecha por Salazar con el indi..... (roto) .....do Apoderado Sor José Eduvigis Garzon, en cantidad de cincuenta y dos pesos de moneda buena que debe (roto) ..... tisfacer al susodicho Sor Pablo Castillo, en la via y (roto) .....qe mas haya lugar en dro. qe estando entregado de dhas tierras llamadas de Mendez desde el primero de Marzo del presente año, desde él (roto) .....es de su cargo la satisfacción de la expresada cantidad de cincuenta y dos ps del arriendo (roto)..... tituye arrendatario de dhas tierras....."

No obstante las numerosas lagunas que ofrece el documento en examen, es fácil deducir de él que se trata de un contrato de arrendamiento de las tierras de "Méndez", que correspondían anteriormente "al convento suprimido de San Fran-co de Mariqta", según constancia expresa de la escritura. Se ve también que dichas tierras fueron arrendadas por el Apoderado del Rector del Colegio de San Simón de Ibagué, apoderado que aparece aceptando dicho contrato.

Y por lo que hace a linderos, la escritura en referencia apenas contiene una parte de ellos. De acuerdo con esta información fragmentaria, las tierras arrendadas a Pablo Castillo daban "principio en la boca de la Sabandija del mismo Mendez, y siguiendo por el Magdalena arriba (roto)..... fenecer en el Peñón de Chaguaní....." Parece, pues, que las tierras de Méndez materia del contrato de arrendamiento tenían, entre otros linderos, el río Sabandija, a partir de su desembocadura en el Magdalena, y este mismo río, hasta el Peñón de Chaguaní. Más es claro que con base en esta información incompleta no puede llegarse a la determinación precisa del globo de terreno tomado en arriendo por el citado Pablo Castillo en el año de 1828.

6. A fls. 29 a 29 v. del c. número 3, obra copia de la escritura de 3 de julio de 1835, otorgada en Ibagué ante el Juez primero de primera instancia, por medio de la cual el señor Pedro Zalamea, Admi-

nistrador de recaudación del Cantón, "y en virtud de una orden de S. E. el Presidente de la República de veinte de marzo del año de mil ochocientos treinta y cuatro en que se le faculta para administrar las ventas (sic) del Colegio de San Simón de esta provincia" dio en arrendamiento "por el término de tres años contados desde la fecha de esta escritura al señor Pablo Vanegas de la Villa de Guaduas como apoderado especial del Presbítero señor Pedro Aguirre Cura de la Parroquia de Guayabal según el poder que ha presentado y se agrega a ésta a saber: el principal de setecientos pesos en un derecho de tierra denominada **Méndez** situada en la feligresía de la parroquia de este nombre jurisdicción del Canton de Honda perteneciente a dicho Colegio, satisfaciendo cumplidamente un cinco por ciento anual; cuyos linderos de las expresadas tierras son los que siempre se han conocido y reconocía Dolores Salazar....." (fs. 29, id.). El poder a que se alude en dicha escritura fue otorgado en Honda, ante el respectivo Escribano público, el día 26 de junio del mismo año de 1835. El poderdante Presbítero Pedro Aguirre manifestó: "..... que por el tenor del presente público instrumento, en la via y forma que más haya lugar en derecho otorga: que da y confiere su poder amplio, eficaz, especial y bastante..... al señor Pedro Vanegas, vecino de Guaduas, para que en su nombre y representando su misma persona, derechos y acciones, acepte en su favor una escritura de arrendamiento de unas tierras nombradas Mendez, situadas en la feligresía de esta parroquia, jurisdicción del canton de Honda, que debe otorgarle el señor Pedro Zalamea, recaudador del canton de Ibagué, como recomendado que es para percibir y asegurar las rentas correspondientes al Colegio de San Simón....." Nada se dijo en este poder respecto a los linderos de la finca que en él se menciona (fs. 30, id.)

Es probable que el precitado poder y la escritura contentiva del arrendamiento en referencia, se refieran a las mismas tierras que con el nombre de **Méndez** se han venido mencionando en los diversos documentos examinados a partir del otorgado en el año de 1809. Se ve también que el inmueble estaba formando parte de los bienes integrantes del patrimonio del Colegio de San Simón de Ibagué, ya que como arrendador intervino el recaudador del Cantón, autorizado por el poder ejecutivo para administrar las rentas de dicho Colegio.

Por lo que hace a los linderos de las tierras de Méndez, ya se vio que el arrendador se limitó a decir que ellos eran "los mismos que siempre se han conocido". De tal suerte que subsiste la indeterminación del inmueble.

7. A fls. 113 a 115 del c. número 1, obra en copia la escritura pública de 17 de mayo de 1848, otorgada en Honda ante el respectivo Escribano público del Cantón, y en virtud de la cual Jacinta y Clemencia Bañuelos, vecinos de Mariquita, "como herederos del finado su abuelo Joaquín Crespo Malo", dieron en venta al señor Mateo Viana, por la cantidad de mil pesos, "la tierra donde está situada la parroquia de Mendes, y siempre se ha llamado **la tierra de Mendes,** cuyos linderos conoce el señor Viana muy bien, pero que por no recordarlos los vendedores, no se individualizan....." Luégo agregan los vendedores: "..... que dicha tierra de Mendes **va a estar en litis con el Colegio de San Simón** de esta provincia, que es quien la posee por usurpación que el Padre Guardián Fray Francisco Vargas hizo de dicha tierra....." Y más adelante: "..... que aun cuando las tierras que venden al señor Viana, valen mucho más de la cantidad en que las han contratado, como el señor Viana para reivindicarlas que tiene que establecer un juicio e imprender gastos que los otorgantes no están en el caso de hacer, es la razón porque se la han vendido en la mencionada cantidad de mil pesos....." (fs. 115, id.)

Como aparece de los propios términos de la escritura precedente, no se expresaron los linderos de las tierras de Méndez, "por no recordarlos los vendedores". Quiere ello decir que el inmueble vendido no quedó debidamente singularizado. Empero, por las referencias que hacen los vendedores Bañuelos, se colige que en realidad se trata de las mismas tierras relacionadas en las escrituras precedentes, y que hasta el año de 1835 estaban formando parte de los bienes integrantes del patrimonio del Colegio de San Simón de Ibagué. Los mismos vendedores Bañuelos previeron el litigio que habría de surgir entre el comprador Viana y el referido Colegio, litigio de que tratan documentos que serán examinados posteriormente.

8. Consta lo siguiente en escritura pública otorgada en Ibagué el día 16 de marzo de 1849, ante el respectivo escribano del cantón (fs. 31 a 34 del c. número 3): En la ciudad de Ibagué, a diez y seis de marzo de mil ochocientos cuarenta y nueve, ante mí el infrascrito público escribano del cantón y testigos que se nominarán, parecieron presentes los señores José Pastor Aguirre y Antonio Salazar, vecinos de Méndez en el cantón de Honda, y el señor Alejo María Pérez, Síndico del Colegio de San Simón de Ibagué....., y dijeron: el señor José Pastor Aguirre que conviniendole no continuar más en el reconocimiento de los sesenta y cuatro mil rles. o sean ocho mil ps. (8.000 ps) que sobre las **tierras de Méndez** reconoce a favor del Colegio expresado, había convenido

traspasar dicho principal al señor Antonio Salazar pa. q. bajo las mismas condiciones y obligaciones con que Aguirre las reconocía, las traspasaba y se haría cargo de ellos Salazar; y el señor Síndico dijo que habiendo el Consejo Administrativo del Colegio examinado los documentos de traspaso con la pretensión de los interesados, el expresado Consejo en virtud de sus facultades, prestaba, y en efecto prestó su consentimiento para admitir a Salazar en lugar de Aguirre....." Más adelante se lee en la misma escritura: "..... Y en virtud de todo lo aprobado el señor José Pastor Aguirre otorga; que traspasa en el señor Antonio Salazar las tierras de Mendez por los **mismos linderos y no otros que los que se han reconocido ahora y son los siguientes: Boca del río Sabandija arriba, hasta el punto de alonso; de esta hacia el sur por el filo de la cordillera, hasta morir en el rio Magdalena, en el zanjón de Guadualito, y Magdalena abajo, hasta la boca de Sabandija.....**" (fs. 31 v., id.)

La escritura en examen contiene la descripción de los linderos que se asignaban a las tierras de Méndez en el año de 1849, y que en parte coinciden con los que se expresaron en la escritura del 23 de julio de 1828, contentiva del contrato de arrendamiento del mismo inmueble a Pablo Castillo. Esa coincidencia comprende los siguientes puntos de referencia en las respectivas alinderaciones: desde la boca del río Sabandija hacia el occidente, y el río Magdalena hacia arriba, como lindero oriental. Y existe, por otra parte, esta notoria divergencia entre los mismos linderos: según la escritura de 1828, el lindero oriental lo constituía el río Magdalena, desde la boca del Sabandija hasta el **Peñón de Chaguaní**; al paso que en la escritura de 1849 se señala también el río Magdalena arriba, como lindero oriental, pero hasta el **zanjón de Guadualito.**

La escritura en examen contiene además otros dos puntos de referencia que no se habían consignado en las escrituras precedentes, a saber: el "punto de alonso" como término del lindero que empieza al oriente desde la boca del Sabandija; y el "filo de la cordillera" hasta morir en el río Magdalena. Según esta descripción, la **cordillera** allí mencionada debía constituír los linderos **occidental** y **sur** de las tierras de Méndez. Empero, no hay en el proceso información alguna que permita identificar ese "punto de alonso" y la precitada cordillera. De tal suerte que subsiste todavía la indeterminación de dicho inmueble.

9. A fls. 103 a 111 del c. número 1, obra "copia de las diligencias originales que se hallan en el expediente seguido entre el señor Mateo Viana, i el Colegio de San Simón de Ibagué, sobre posesión i propiedad de las tierras denominadas Méndez". Dicha copia aparece expedida por el Secretario del Juez Letrado del Circuito de Honda con fecha 30 de julio de 1857, constando en ella lo siguiente:

a) Obran en primer término los documentos que en seguida se expresan y que ya han sido examinados por la Sala: 1º el poder que en mayo de 1809 confirió don José Joaquín Crespo Malo a don Miguel Navarro y Guerra, para que éste formalizara el testamento de aquél (fs. 103 a 103 v., id.); y 2º escritura de 17 de mayo de 1848, por la cual Jacinta y Clemencia Bañuelos, diciendo ser herederas "del finado su abuelo Joaquín Crespo Malo", dieron en venta a Mateo Viana, "la tierra de Mendes", sin expresar linderos, "por no recordarlos los vendedores" (fs. 105 a 107, id.)

b) Como nuevos elementos de convicción aparecen en la misma copia estas dos constancias:

1º Una información testimonial relacionada con la posesión y propiedad de las tierras de Méndez. Sobre el particular se recibió declaración a los testigos José León Leiba, cura párroco de Mariquita, Fabio Castro, Juan José Manuel Méndez y Juan José Roldán. Tales declarantes dijeron en síntesis:

El presbítero José León Leiba (fs. 104 a 104 v.), rindió declaración ante el Juez segundo parroquial de Mariquita el 25 de enero de 1848, manifestando, entre otras cosas, "que no conoció a don Miguel Escandon por dueño de las tierras de Mendez, sino a don Joaquín Crespo Malo, que fue su legítimo dueño". Posteriormente el mismo testigo se ratificó en su precitada declaración (fs. 105, id.)

Pablo Castro declaró ante el juez de la parroquia de Guayabal el 28 de marzo de 1848 (fs. 104 v. a 105), manifestando lo siguiente: "que si es cierto que conoció al señor Joaquín Crespo Malo, i que lo conoció a dicho señor Crespo como legítimo dueño de las tierras denominadas Mendes i que el terreno donde existe la parroquia era del mismo señor Crespo, porque el que declara fue su arrendatario....." Este testigo también se ratificó en su declaración el día 30 de abril de 1850 (fs. 105 v.)

Juan José Manuel Méndez (fs. 109 v.), dijo "...que le consta que el señor Joaquín Crespo Malo era el dueño legítimo donde está situada esta parroquia i que jeneralmente siempre se han llamado las tierras de Mendes"; manifestó asímismo que "conoció al señor José Crespo padre del referido señor Joaquín Crespo Malo poseedor de las referidas tierras de Mendez....."

Juan José Roldán (fs. 110 v. a 111) manifestó, entre otras cosas, "que no conó (sic) de dueño de las mencionadas tierras a don Miguel Escandon ni tampoco oyó decir que fuera dueño de nada que el que

conoció fue a don Joaquín Crespo como dueño....."

Lo transcrito de la precedente información testimonial es lo único que consta con referencia a las tierras de Méndez, acerca de cuya posesión y propiedad fueron llamados a declarar los citados testigos. Nada dijeron éstos sobre los linderos de las tierras que según ellos eran de propiedad de don Joaquín Crespo Malo, determinadas simplemente con el nombre de "las tierras de Mendez".

c) El documento en examen contiene también las partidas de bautismo de María Jacinta Bañuelos y Clemente Bañuelos, hijos legítimos de Ignacio Bañuelos y Luisa Crespo, habiendo sido bautizados en Mariquita, la primera el 17 de agosto de 1805 y el segundo el 24 de noviembre de 1808 (fs. 107 a 107 v.)

d) También aparece en el mismo documento la partida da defunción de don José Joaquín Crespo Malo, quien falleció en Mariquita el día 19 de mayo de 1809 (fs. 107 v., id.)

e) Aparece asímismo en el precitado documento una solicitud presentada por Manuel María Madiedo, "apoderado general del señor Mateo Viana", ante el juez de Honda, el día 4 de junio de 1848, solicitud en que dicho apoderado, fundándose en los documentos que se han examinado bajo las letras a, b, c y d, manifiesta lo siguiente: "..... Tales documentos acreditan la propiedad del señor Viana, en las referidas tierras de Mendes, i por lo mismo le dan derecho a la posesión de dichas tierras conforme a la literal i muy clara doctrina de la ley octava titulo treinta partida tercera. En tal virtud ocurro a usia pidiendo como pido la posesión de las tierras indicadas..." Luégo agrega el apoderado de Viana: "..... Al efecto usía se servirá disponer que los jueces de la parroquia de Mendez, den la posesión que llevo pedida, previa las citaciones del caso.....". (fs. 108 a 108 v., id.)

f) Mateo Viana fue puesto en posesión de las tierras de Méndez el día 2 de septiembre de 1848, según aparece de la respectiva diligencia, que dice así en lo pertinente: "En el distrito parroquial de Mendez jurisdicción del cantón de Honda a los dos dias del mes de septiembre del año de mil ochocientos cuarenta y ocho yo el juez parroquial único de este distrito, en cumplimiento al despacho del señor Juez segundo subrogante del de Hacienda de fecha seis de junio del corriente año i en observancia de mis autos siete de junio catorce de agosto i veintinueve de agosto de este año; con asistencia de los señores Florencio Armero, José Pastor Aguirre i sin la asistencia del señor Resurrección Sánchez por no haber querido o podido comparecer sin embargo de haber sido sitado, procedí a darle posesión de las tierras de Mendez al señor Mateo Viana como está prevenido del terreno que queda enserrado bajo los linderos siguientes: desde la confluencia del rio Sabandija en el Magdalena cojiendo dicho Sabandija arriba hasta el punto que llaman las barandillas, de allí mirando hacia el sur hasta tomar la altura de la cordillera que llaman alto de las Cruces, tomando por toda la cima hasta el camino comunal que va de Mendes para los dos Ríos, allí hai un mojón que divide las tierras del señor Florencio Armero, de allí, tomando por la misma cordillera hasta dar a la zanjita de la Camiseta, esta abajo hasta su confluencia o desemboque en el rio Magdalena, rio Magdalena abajo hasta donde semboca (sic) el rio Sabandija, primer lindero sitado....." (fs. 108 v. a 109, id).

En la misma diligencia aparecen estas otras constancias:

"..... i estando presente el señor Mateo Viana a cuyo favor se da esta posesión, instruído por donde le queda demarcado el terreno de que se le da esta posesión, dijo: que se conformaba con ella aceptaba i aceptó por estar a su satisfacción en cuya virtud firma esta diligencia conmigo el Juez i los testigos de mi actuación....." "El señor Jose Pastor Aguirre como interesado dijo: que contradice la posesión porque es comprador a censo redimible del terreno de que se trata al Colegio de San Simon de Ibagué, en cuya virtud yo el Juez en cumplimiento a mis deberes legales i a presencia de los testigos actuarios le previne formalizase su oposición por escrito ante el señor Juez donde dimana el anterior despacho dentro del perentorio término de nueve días en fe de lo cual firma esta diligencia....." (fs. 109, id.)

g) Finalmente, aparece la providencia que se transcribe en seguida, relacionada con la transacción producida en el litigio habido entre Mateo Viana y el Colegio de San Simón de Ibagué: "Honda noviembre cinco de mil ochocientos cincuenta. Francisco E. Luzena. Féliz Navarro. El apoderado del señor Mateo Viana, no tiene en su respectivo poder cláusula para transar o dar por terminado el presente pleito; mas como en autos sobre nueva posesión de las tierras de Mendez materia del presente pleito, se presentó ante el infrascrito, la escritura de transacción otorgada en Ibagué en el mes de octubre último, a cuya escritura se refiere este pedimento, se resuelve: dase por terminado este pleito i en consecuencia tásense las costas causadas por parte de Mateo Viana i venga con los autos al despacho para aprobar o improbar la tasación i en caso afirmativo ordenar que cubran por quien corresponda. Pardo. Proveyóse por el señor Juez Letrado del Circuito de Honda cinco de noviembre de mil ochocientos cincuenta" (fs. 110 a 110 v., id.)

Como aparece de las anteriores transcripciones, só-

lo en la diligencia de entrega de las tierras de Méndez a Mateo Viana, que fueron materia del litigio entre éste y el Colegio de San Simón de Ibagué, se señalaron los linderos del inmueble litigioso. Tales linderos coinciden parcialmente con los que aparecen señalados en las escrituras de 23 de julio de 1828 (de arrendamiento de dichas tierras a Pablo Castillo) y 16 de marzo de 1849 (por la cual Antonio Salazar como subrogado de Justo Pastor Aguirre, reconoce un principal a favor del precitado Colegio, sobre el mismo inmueble). La coincidencia entre tales alinderaciones se extiende a lo siguiente:

a) La desembocadura del río Sabandija en el Magdalena, como uno de los extremos del lindero norte;

b) La banda izquierda del río Magdalena, como lindero oriental.

Empero, se advierten las siguientes discrepancias entre las mismas alinderaciones:

a) En el año de 1828 el lindero oriental al parecer se extendía desde la boca del Sabandija, río Magdalena arriba, hasta el Peñón de Chaguaní;

b) En el año de 1849 el mismo lindero aparece terminando, en su extremo sur, en el zanjón de Guadualito;

c) En septiembre de 1848, época de la entrega de las tierras de Méndez a Mateo Viana, el precitado lindero se extiende desde la boca del Sabandija hasta la desembocadura de la quebrada Camiseta en el río Magdalena.

De consiguiente, aparecen tres denominaciones distintas para distinguir uno de los extremos del lindero oriental, a saber: el Peñón de Chaguaní, el Zanjón de Guadualito y la confluencia de la quebrada Camiseta con el Magdalena.

Además, en el año de 1849 el lindero norte es desde la boca del Sabandija hasta el **punto de alonso,** al paso que en las diligencias de entrega de 1848, ese mismo lindero se extiende desde la citada boca hasta el punto llamado "Las barandillas".

Advierte también la Sala que en la misma diligencia de entrega de las tierras de Méndez a Mateo Viana, se expresaron con más detalles que en 1849 y 1828, los linderos del inmueble, ya que se citan por primera vez estos nombres de algunos puntos de referencia de la alinderación: a) la cordillera que "llaman alto de las Cruces", que parece ser la misma cordillera de que se habla en la alinderación de 1849; b) el camino comunal que va de Méndez para dos Ríos; c) el mojón que divide las tierras del señor Florencio Armero; y d) la zanjita de la Camiseta, que al parecer es una quebrada que va a desembocar en el Magdalena, y que como se vio, constituye, en el punto de su confluencia, el extremo sur del lindero oriental del inmueble en mención.

Ahora bien: dadas las discrepancias que se advierten entre las tres alinderaciones mencionadas, y partiendo de la base de que ellas dicen relación a un mismo inmueble, la determinación de éste se dificulta aún más, ya que no se sabe a qué debe atribuírse la variedad de nombres respecto de un mismo punto de referencia en tales linderos, si a que con el tiempo fueron cambiando las denominaciones con que se distinguían algunos de los lugares allí mencionados, o, por el contrario, a que la extensión del inmueble fue la que se modificó, variando por ende los nombres de los puntos de referencia de su alinderación.

Procede por lo mismo continuar el examen de otros documentos pertinentes, con el objeto de comprobar si contienen información que permita allanar los obstáculos con que se tropieza en los documentos examinados respecto a la determinación de las tierras de Méndez.

10. Por medio de escritura de 15 de octubre de 1850, otorgada en Ibagué ante el respectivo Escribano del número (fs. 98 a 102, c. número 1), los señores Alejo María Pérez, "Síndico del Colegio de San Simón de esta provincia" y Félix Navarro como apoderado del señor Mateo Viana, convinieron una transacción en el litigio que sobre las tierras de Méndez existía entre el mismo Viana y el precitado Colegio. En la escritura de transacción se insertaron tanto el poder que tenía el apoderado Navarro, como las respectivas autorizaciones para el Síndico del Colegio, habiendo quedado concretada la transacción en estos precisos términos: "En consecuencia, el señor Síndico otorga a nombre del Colegio que representa, que desde hoy en adelante y para siempre jamás reconoce a favor del señor Mateo Viana la posesión y propiedad de las tierras de Méndez, en el distrito parroquial de este nombre, cantón de Honda, bajo los linderos siguientes: Boca del río Sabandija arriba hasta el punto de Alonso; de este hacia el sur por el filo de la cordillera, hasta morir en el rio Magdalena en el zanjón de Guadualito; y Magdalena abajo hasta la boca del rio Sabandija....." (fs. 100 v.) Aparte de lo transcrito no hay más información en la escritura en examen respecto a los linderos del inmueble materia de la transacción.

Ahora bien: los linderos que allí se señalan como correspondientes a las tierras de Méndez, son menos detallados que los expresados en la diligencia de entrega del mismo inmueble a Mateo Viana el día 2 de septiembre de 1848. Y sobre contener menos detalles, los linderos de la escritura de transacción contienen algunos puntos de referencia no expresados en la diligencia de entrega, tales como el punto de Alonso y el Zanjón de Guadualito. En lugar de éstos, en la misma diligencia se citaron "el punto que lla-

bulto. Lo que ocurre casi siempre es que el Juez no expresa en el texto de la providencia una concreta motivación. Pero la sigue **in pectore**, y a ella arregla —con más o menos empirismo— la medida penal correspondiente. ¿Y cómo ejerce esta función? De una manera limitada. Es bien sabido que de las tres individualizaciones posibles, de que habla Saleilles, la legal, la judicial y la penitenciaria, el Código Penal colombiano, como la mayoría de los códigos, ha adoptado la segunda, que no equivale ciertamente al arbitrio judicial. La libertad del juez no es, por lo tanto, absoluta; él tiene que actuar entre dos hitos intraspasables (el mínimo y el máximo). De manera que al señalar la sanción, tratándose de delincuente normal, no podrá bajar del mínimo fijado en la ley para la infracción **sub judice**, por óptimas que sean las condiciones personales del infractor, por nobles y altruístas los motivos que hayan gobernado su acción y por apremiantes que hayan sido las circunstancias que rodearon la ejecución del hecho. Claro está que todo ello es partiendo de la base de un delito comprobado, con determinadas características. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 13 de 1945) 459, 2ª

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 57 DE 1944

— 150 —

Cuando la ley, cuyo artículo 1º se acusa en parte, fue dictada, estaba vigente el artículo 155 de la Carta que establecía la forma de elegir los Magistrados de los Tribunales, que era completamente distinta a la señalada por el artículo acusado. De manera que éste sí era inconstitucional a la luz de aquella disposición. Hoy se halla vigente ya el Acto Legislativo Nº 1º de 1945, de acuerdo con el cual (artículo 57) los Magistrados de los Tribunales Superiores serán elegidos directamente por la Corte Suprema, en Sala Plena, ya que no se hace distinción. De modo que actualmente el citado artículo 1º es inconstitucional en cuanto restringe la elección de la cual allí se habla a la Sala de Casación en lo Penal, pues no es a ésta sino a toda la Corte a quien corresponde hacer la elección, teniendo en cuenta, desde luego, lo establecido en los artículos 57 (transitorio b), inciso 2º, en lo referente a las calidades que deben tener los elegidos; y 59 en lo relativo a la representación de los partidos, todos del Acto Legislativo número 1º de 1945. (Sentencia, Sala Plena, LIX, números 2022, 2023 y 2024, agosto 29 de 1945).

311, 1ª

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º, 3º Y 4º DE LA LEY 35 DE 1943 — DIFERENCIA ENTRE PRIVILEGIO Y PREFERENCIA

— 151 —

El privilegio es una gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando a uno de una carga o gravamen, o haciéndole el favor de una exención de que no gozan otros; o, también la disposición legal por la cual se otorga a una sola persona —física o moral— un derecho especial, distinto del que confiere la ley común y más o menos permanente. Y preferencia es primacía o ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento; o, asimismo, elección de una persona o cosa entre varias, o inclinación favorable o predilección hacia ella. Son, pues, voces de muy distinta acepción y que difieren entre sí notablemente, tanto o más como la palabra privilegio difiere del vocablo monopolio, por el cual se entiende un aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, o bien el derecho de un solo individuo o de

una sola entidad a explotar exclusivamente una industria o a prestar en la misma forma determinados servicios.

La ley acusada (artículo 19) emplea ciertamente la dicción "preferencia", de muy distinto significado, como ya se vio, del que revela el sustantivo "privilegio". Pero no es esa la cuestión, como lo ha creído la Procuraduría. Ella estriba en saber cómo debe entenderse la expresión de que el Departamento de Nariño tendrá, por el término de cuatro años, un **derecho preferente al de toda otra persona** para presentar al Gobierno Nacional propuestas de contratos, etc. En el caso que la Corte tiene a su estudio ninguna otra interpretación le cabe al artículo 1º de la Ley 35 de 1943, que la de haber establecido una situación privilegiada para el Departamento de Nariño con respecto al derecho de hacerle propuestas al Gobierno para la explotación de las solfataras de Cumbal, Azufral, Galeras, Doña Juana y demás yacimientos de azufre de propiedad nacional que se encuentran dentro del territorio de dicho departamento. Ahora bien, el legislador no puede autorizar que X, persona natural o jurídica, tenga superioridad, es decir, una situación de favor para desalojar a los demás del simple derecho de brindar su capacidad de trabajo. Pues si se admite que alguien queda facultado legalmente en esa forma, no hay otra conclusión que reconocer que se le ha hecho objeto de un privilegio. Y no procede alegar en contrario que, por tratarse de bienes fiscales de la Nación, el Legislador está constitucionalmente facultado para fijar las normas propias para la debida utilización de tales bienes, ya que no obstante subsistir en general las normas de los citados artículos 4º y 110 del Código Fiscal y 12 de la Ley 52 de 1931 sobre la calidad de contratables, en concesión, de las minas de azufre a que se refiere la presente controversia, tal concesión, según las disposiciones acusadas, sólo podrá darla el Gobierno Nacional, en forma privilegiada, al Departamento de Nariño. Y si esto es así, como la Corte lo ve y lo deduce, los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1943 violan una norma constitucional (artículo 27) en que se prohibe otorgar privilegios, salvo cuando éstos se refieran a inventos útiles o a vías de comunicación, caso que no es el de las solfataras tantas veces mencionadas. (Sentencia, Sala Plena, LIX, Nosñ 2019, 2020 y 2021, abril 2 de 1945) 6, 1ª

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE CONCEDE UN AUXILIO AL MUNICIPIO DE PEREIRA PARA LA CONSTRUCCION DEL AERODROMO DE "MATECAÑA"

— 152 —

Si se consideran los numerales del artículo 76 de la Constitución Nacional conexos con el 4º no puede entenderse que en ese artículo se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que en el numeral 19 le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera de conformidad con los planes y programas que fijen las leyes respectivas. Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, tiene el Congreso, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posi-

bilidades fiscales. Se escalona de esta manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos truncos o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad, o siquiera su terminación.

Aunque no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y provée a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, es incuestionable que están sometidas ineludiblemente a un orden de precedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas. No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19 de allí. Quiso el Congreso, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias a la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional, previamente adoptado también en planes y programas. (Sentencia, Sala Plena, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 14 de 1945)... ... ... 648, 2ª

INFLUENCIA DE LA ACCION PENAL EN EL PROCESO CIVIL

— 153 —

El artículo 24 del Código de Procedimiento Penal contiene la regla general que gobierna la materia referente a la cuestión de saber ante qué jurisdicción debe ejercitarse la acción civil reparatoria del daño privado que tiene su fuente en la comisión de un delito o culpa, al disponer que se ejercerá dentro del proceso criminal por la persona o personas perjudicadas o por sus herderos. Sin embargo, si el perjudicado no hubiere intervenido en el proceso penal y se conformare con la sentencia en lo que hace a la indemnización, puede ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos señalados para la prescripción de la acción. (Artículo 25, ibídem). Este nuevo ordenamiento contiene una excepción al principio general en cuanto permite proponer la acción reparatoria fuera de la actuación penal, como recurso separado. Se ha sostenido que de acuerdo con el anterior texto la solución del proceso penal debe anteceder necesariamente al ejercicio de la querella civil; o, en otros términos, que sólo cuando aquel ha sido fallado definitiva e irrevocablemente es cuando la persona perjudicada por el hecho ilícito adquiere la capacidad jurídica necesaria para resolver si se conforma o no con la indemnización acordada en la decisión del Juez penal y de proponer entonces la demanda correspondiente ante la jurisdicción en lo civil, pero siempre y cuando que no hubiere intervenido en los trá-

mites del debate criminal. En apoyo de tales tesis se invoca el contenido del artículo 27, el cual confirma la regla general establecida en el 24. En realidad, un examen cuidadoso de los textos citados y su relación con otros del Código de Procedimiento Penal, llevan a la Sala a una conclusión distinta, o sea, a la de que no es imprescindible para proponer y abrir la controversia civil o administrativa aguardar a conocer las resultas del juicio penal respecto a la indemnización del daño; y que, por el contrario, los dos órdenes de recursos —el penal para la sanción de culpa o el delito y el civil para la satisfacción patrimonial del daño privado— pueden ejercitarse paralelamente, sin obstáculo de ningún género.

En muchas ocasiones éste será el único procedimiento posible. Tal ocurre, por ejemplo, en los casos en que la indemnización se reclama por el hecho de un tercero. Entonces no habrá lugar a que el perjudicado persiga el pago del daño contra el autor de la infracción, dentro del proceso penal, sino que deberá forzosamente demandarlo por la vía civil al obligado por la ley a responder por el acto de la persona que causó el perjuicio. Por tanto, si el autor del delito o la culpa es un funcionario público, es lógico que el perjudicado o sus herederos no podrán, como parte civil dentro del debate penal, obtener reparación ninguna de la Administración, desde luego que ésta es por completo extraña al proceso criminal y, por consiguiente, el fallo que por tal vía llegara a proferirse —como es obvio— no puede recaer directamente en persona distinta del autor del hecho ilícito, ya para los efectos de la penalidad o bien para deducir la responsabilidad personal de carácter civil a que hubiere lugar. Para obtener que se le indemnice por la Administración la víctima sólo podrá ejercitar la querella ante el Juez Civil competente, para que se le deduzca la responsabilidad como obligada a reparar la actividad delictual o culposa de su agente, sujeto activo de la infracción. En el caso de responsabilidad por riesgo acaece igual fenómeno, de manera que la actuación en el litigio civil, aunque vinculada al penal en sus consecuencias no le está necesariamente subordinada en cuanto al tiempo de su proposición. (Artículos 287 y 29, ibídem). Pero aun sin esto, es indudable que el artículo 11 contempla en su primera parte un caso de precedencia de la acción civil con respecto a la penal; y en su segundo miembro el de coincidencia temporal de las dos acciones. Que éstas pueden seguir un curso paralelo es indudable, desde luego que al aceptar la tesis carecería de objeto la norma en cita por cuanto establece que no se fallará la controversia civil o administrativa mientras la justicia penal no hubiere pronunciado un sobreseimiento o dictado sentencia definitiva con carácter de irrevocable. De los términos mismos del texto aparece claro que no se trata de la regla excepcional del artículo 27, referente a las contravenciones sino precisamente de los casos en que el enjuiciamiento tiene su fundamento en una violación de la ley penal. Solamente entonces surge el problema de resolver la cuestión prejudicial por el precepto contenido en el artículo 11.

Sentado lo anterior, o sea que no es ni legal ni jurídicamente forzoso esperar los efectos del proceso penal para que la víctima del delito o sus sucesores puedan presentar ante la jurisdicción civil la querella enderezada a obtener la reparación de los perjuicios, es obvio que no puede tener cabida dentro de este último una pretendida excepción de petición antes de tiempo para enervarla o ponerle término.

Otra cosa ocurría bajo el imperio del artículo 39 de la Ley 169 de 1896, pero era que esa ley establecía expresamente que la acción civil se suspendiera hasta la resolución en firme del juicio criminal.

Conforme a ese artículo **era el ejercicio mismo de la acción civil** el que se suspendía o paralizaba mientras estaba pendiente el enjuiciamiento penal, y de ahí que pudiera considerarse prematura la demanda de reparación del daño. Pero el artículo 11 contiene una regulación jurídica distinta, en cuanto admite la concurrencia en el tiempo de los dos juicios y únicamente ordena al Juez civil o administrativo suspender el procedimiento porque el fallo en la acción criminal puede influír en la decisión de la controversia que esté bajo su conocimiento. Ya la Corte definió el punto y fijó nítidamente el alcance de esa norma.

La ley sólo ha querido y previsto que en el evento contemplado por la Corte la actuación civil se suspenda, en una palabra, que no se decida antes de que exista un pronunciamiento con título definitivo e irrevocable por parte de la jurisdicción que tiene la competencia legal de fijar la responsabilidad del indiciado penalmente. No que el proceso civil termine, que es cosa enteramente distinta; y de ahí que la actuación idónea para alcanzar los fines de la ley no puede ser la de reconocer la existencia de una pretendida excepción de petición antes de tiempo, porque ello equivaldría a declarar que la demanda civil ha sido prematuramente instaurada, lo cual no es jurídicamente exacto, como se ha visto, desde luego que no es obstáculo procesal de ningún género para que se ejerciten simultáneamente los dos juicios. No siendo, pues, legalmente fundado este medio procesal, habrá que buscar un sistema distinto que, conforme con los propósitos de la ley, al mismo tiempo que impida la colisión entre los dos fallos, produzca simplemente el efecto de suspender temporalmente el negocio civil, para poderlo reabrir una vez conocida la decisión firme del Juez del crimen. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 29 de 1945). 587, 1ª

INSTRUMENTO PUBLICO

— 154 —

El artículo 1759 del C. C. establece que las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento público hacen plena prueba respecto de los otorgantes. Y aun cuando esto no quiere decir que los otorgantes carezcan del derecho de contraprobar contra lo expresado en una escritura el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 se opone a la admisión de la prueba de testigos en cuanto adicione o altere lo que se expresa en el acto o contrato, salvo la excepción establecida en el artículo 93, de la existencia de un principio de prueba por escrito, emanado del demandado y que haga verosímil el hecho litigioso. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 30 de 1945). 920, 2ª

INTERDICCION JUDICIAL DEL DEMENTE

— 155 —

No es legalmente exacta la afirmación de que el código establezca y autorice dos procedimientos distintos, uno más breve y sumario que el otro, para obtener la interdicción judicial de un demente. El único juicio conducente al efecto y de obligatorio seguimiento es el especial establecido en los artículos 820 a 823 del Capítulo IV del Título XXI del Código Judicial que trata de la "Intervención judicial en relación con los incapaces", y que se sigue con audiencia del Ministerio Público, ora como demandante, ora como demandado y oídos también los parientes del demente. Fuera de lo que se establece en esas disposiciones, lo que pasa es que, mientras se decide la causa, el Juez puede cuando lo considere conveniente, a virtud de los informes verbales de los parientes del de-

mente o de otras personas, decretar la interdicción provisoria, para lo cual debe tramitarse dentro del juicio una articulación (artículos 535 C. C. y 819 C. J.), y puede también, antes de iniciarse el juicio, o durante él, de una vez o a medida que vaya siendo menester, tomar las providencias preventivas autorizadas por la ley sustantiva en los casos de nulidad del matrimonio y de divorcio (artículos 822 y 792 del C. J.). El fallo sobre interdicción provisional que autoriza el Código Civil y que se decreta mediante una articulación, es revisable dentro del juicio especial de interdicción si varían las circunstancias que lo motivaron (819 C. J.). No hay, pues, juicio para obtener que una persona sea declarada en interdicción provisional por demencia, como erradamente se demandó y obtuvo en el caso de autos. Tal situación, como de su propia naturaleza y denominación se desprende, es transitoria, interina, lograda en un incidente del juicio especial de interdicción, mientras se decide definitivamente si hay o no lugar a la declaración del entredicho demandado, como lo establece inequívocamente el artículo 535 del C. C. Una interdicción provisoria definitiva, es un disparate inaceptable. El decreto provisorio se dicta sobre la base de informaciones simplemente verbales que no tienen siquiera el mérito de prueba testimonial, a título más bien de medida precautelativa, en todo caso, sin comprobación adecuada y legal de la demencia. Es la interdicción definitiva que se decreta en el fallo que finaliza el juicio especial, la que reposa y se funda sobre la demostración plena, sobre la base de peritazgos médicos, de la insania mental, permanente que aqueja al interdicto. De ahí por qué el decreto de interdicción tiene la capacidad probatoria completa que le atribuye el artículo 553 del C. C., al extremo de consagrar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos ejecutados o celebrados con posterioridad a él, aunque se alegue haberse hecho en un intervalo lúcido. Concederle el mismo mérito probatorio al decreto provisorio que no ha alcanzado su confirmación total en el definitivo, equivaldría a decretar una nulidad sin prueba de la incapacidad en que se funda.

Estos mismos principios, fundados en el significado sustancialmente diferente de los decretos provisorio y definitivo de interdicción por demencia, son aplicables también respecto del cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 536 del C. C., para la promulgación del entredicho, y que si bien se exigen allí para ambos, precisa advertir que el decreto de interdicción provisoria está condicionado siempre por la confirmación que alcance en el definitivo, pues si el fallo del juicio deniega la interdicción, la que provisionalmente se haya decretado en un incidente de él carece de todo valor y efecto. Aunque la doctrina y la jurisprudencia tienen aceptado que la omisión de los requisitos de publicidad del artículo 536 no afectan ni detienen las consecuencias jurídicas de la incapacidad, porque en el dilema de no perjudicar a los terceros que no hayan sido advertidos de la interdicción o dar al incapaz debida protección, se ha preferido este último extremo como necesidad superior, es desde luego en referencia a los casos en que la publicidad omitida sea de una interdicción definitiva decretada en la sentencia proferida con observancia de las formas propias del juicio en el que se supone fue la demencia objeto de completa demostración probatoria. En ningún caso reza esta solución jurisprudencial con un decreto simplemente provisorio como el del caso de autos, sin base probatoria aceptable de la incapacidad.

Tratando de los actos jurídicos de los dementes ha dicho reiteradamente esta Corte que cuando una persona no está en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebra-

dos, mediante la simple prueba de que ha sufrido una sicosis, sino que es indispensable aducir la doble prueba de que ha sufrido una "perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad", ya que no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil, y que esa perturbación patológica, que impidió el consentimiento, fue concomitante con la celebración del contrato. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 7 de 1945). 770, 2ª

INTERRUPCION DE LA PRECRIPCION POR EL AUTO DE PROCEDER

— 156 —

Se ha pensado que el auto de proceder no interrumpe la prescripción, pues aunque es cierto que el art. 107 del Código Penal dice que ese auto la interrumpe, la segunda parte del artículo parece contradecir la primera al proseguir así: "En este caso (el de la interrupción) el término no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105". Esto parece contradecir la primera parte del artículo, se repite, porque si hay interrupción por el auto de proceder, el término se extiende hasta más allá del señalado en el artículo 105 y para que no se extienda es necesario que no se interrumpa. La anomalía de que se viene hablando se debe a que el artículo no quedó como estaba en el proyecto, el cual decía: "...pero en este caso el término de la prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105, **aumentado en la mitad**". (Actas de la Comisión redactora del nuevo Código Penal, tomo I, página 270). Pudiera añadirse que esta interpretación sería también más benigna para los procesados y que, por lo tanto, debería aceptarse en guarda del principio de interpretar las disposiciones legales en el sentido más favorable para ellos. Sin embargo, el texto de la ley tal como reza no ofrece lugar a duda alguna y no se puede desatender su tenor literal, que ofrece un sentido gramatical exacto y lógico, so pretexto de consultar su espíritu, ni menos con el argumento de que el legislador incurrió en un olvido o equivocación (artículo 27 del C. C.). El inciso quiere decir que interrumpida la prescripción por el auto de proceder, hay que volver a contar un tiempo igual al señalado en el artículo 105 del Código, es decir, que el tiempo anterior se pierde, como sucede en la prescripción civil. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 6 de 1945). 525, 2ª

— J —

JURADO

— 157 —

El Jurado puede hoy explicar sus respuestas, sin que tenga que contentarse con el simple SI o NO a que antes estaba constreñido artículos 29 y 37, Ley 4ª de 1943 y 500 del C. de P. P.). Pero no está obligado a emplear términos técnicos de las ciencias jurídicas ni a colocar los hechos dentro de las clasificaciones del Código Penal. Es el Juez de derecho el que tiene que acomodar el veredicto a esos términos y clasificaciones, averiguando si una circunstancia añadida por el Tribunal popular a su respuesta califica o especifica el hecho, o si apenas puede ser tomada como de mayor o menor peligrosidad de las contempladas en los artículos 37 y 38 del citado Código. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 27 de 1945). 471, 1ª

JURADOS

— 158 —

El impedimento para desempeñar el cargo de jurado, consistente en haber sido perito el ciudadano elegido es de los que deben alegar-

se en el acto del sorteo de jurados o dentro de los cinco días siguientes según precepto de los artículos 511 y 199, ordinal 3º, del Código Procesal Penal. Pasado ese tiempo ya no puede declararse la nulidad que se solicite. Otra cosa sería que el miembro del jurado hubiera carecido de las cualidades necesarias para desempeñar el cargo, tales como las que señala el artículo 494 del Código de Procedimiento, lo que hubiera producido nulidad insubsanable por el transcurso del tiempo, pues ésta puede ser alegada por las partes y decretada de oficio por el juez en cualquier estado del proceso (artículos 200 y 201 del C. de P. P.). En cambio, las nulidades contempladas en los artículos 178 y 99 del Código Procesal Penal, que tienen señalado en el ordinal que las consagra el tiempo en que pueden ser invocadas, no deben declararse si no hace uso de tal derecho oportunamente, puesto que el artículo 200 de la misma obra establece que las causales de nulidad que en los citados artículos se indican podrán alegarse en cualquier estado del proceso, "salvo disposición legal en contrario".

La ley habla de los individuos que en el acto del sorteo resulten "designados", no de los que tengan impedimentos y estén incluídos en la lista de doscientos nombres que cada juzgado superior tiene para hacer la elección a la suerte. En esa lista, como es obvio, pueden figurar sujetos en quienes, después de elaborada, sobrevengan impedimentos o que se ausenten definitivamente del lugar, o que fallezcan, sin que tales contingencias sean óbice para la celebración del juicio, si los designados en el sorteo no tienen impedimentos legales para actuar. (Casación, LIX Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 17 de 1945). 500, 2ª

JURISDICCION

— 159 —

La facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse, generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por eso violan situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador.

En materia de jurisdicción, no se ve claro cuál es el derecho procesal adquirido que directamente se arrebate cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta. Cuando la ley quiere que la jurisdicción y competencia se conserven en causas pendientes, lo dice expresamente, como lo hizo en el artículo 167 de la ley 40 de 1907. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, junio 19 de 1945). 1045, 2ª

— L —

LA IRA EN LA EJECUCION DEL DELITO

— 160 —

La ira, admirablemente definida como una locura breve, no excusa el delito o le merma intensidad, sino cuando es justa; como la defensa no es legítima sino cuando hay ataque a quien por repelerlo mata o hiere. De otro modo, bastaría reconocer uno solo de los términos de la proposición de la norma que señala los requisitos para conceder tan especial atenuación. Y se llegaría entonces a extremos inaceptables, cuyo solo enunciado invitaría al franco rechazo. "Maté porque me dió rabia", sería razón suficiente para restar del hecho una considerable cantidad punible. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, septiembre 19 de 1945). 978, 2ª

LA IRA EN LA EJECUCION DEL DELITO

— 161 —

No basta experimentar ira para que esa emoción dinámica tenga alguna significación, sea de algún valor en el juzgamiento. Es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito y que tal ofensa sea grave e injusta. Sólo así entra como factor capaz de modificar el hecho, siempre que exista el necesario vínculo entre él, la incitación injuriosa y el estado psicológico de quien lo consuma. En otros términos, que el acto surja como una **reacción y no de modo espontáneo o inmotivado.** (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 24 de 1945). 1002, 1ª

LA PELIGROSIDAD DE LOS ESTADOS IMPULSIVOS POR INTOXICACION ALCOHOLICA

— 162 —

La peligrosidad, como criterio de adaptación de la sanción al delincuente, comprende la personalidad de éste, así como los motivos determinantes, la gravedad y modalidades del delito.

La embriaguez crea, en personas psicopáticas, estados impulsivos, precedidos a veces de ilusiones y alucinaciones, que configuran su peligrosidad. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 10 de 1945). 535, 2ª

LESIONES PERSONALES

— 163 —

La ley penal sanciona el delito de lesiones personales en atención a la especie del daño causado y a su duración, principio éste de que deriva la clasificación tripartita de enfermedad o incapacidad para el trabajo, deformidad física o desfiguración facial y perturbación funcional, transitorias o permanentes.

La incapacidad o enfermedad, la deformidad o desfiguración y la perturbación funcional pueden coexistir o tener la misma duración, en cuyo caso se impone la sanción más grave, esto es, la que corresponde a la desfiguración o a la perturbación, sin que su desaparición las asimile, por su duración, a la enfermedad o incapacidad.

La pérdida de dientes es lesión que produce desfiguración facial reparable y perturbación funcional transitoria del órgano de la masticación, y la implantación de dientes artificiales no quita a la pérdida de los naturales el carácter de desfiguración facial y perturbación funcional transitorias.

La noción de órgano se explica por la función que ejerce, y su perturbación puede ser total o parcial. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 14 de 1945). 218, 1ª

LEY NUEVA DE PROCEDIMIENTO EN MATERIA CRIMINAL

— 164 —

La ley procedimental, cuando no contiene preceptos de orden sustantivo, sino de mera formalidad, de apreciación objetiva o externa, es de aplicación inmediata.

El fin de la ley procesal radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto por medio de ella se trata de garantizar la represión de un delito con la imposición de una pena. Si la nueva ley no agrava las condiciones del acusado, disminuyendo los medios de defensa, sino al contrario, los amplía, o aumenta las probabilidades de éxito con relación a ésta, la ley procedimental, en su ejercicio y aplicación, es de orden imperativo e inmediato.

Si la ley de procedimiento encarna preceptos destinados a conducir el juicio por nor-

mas procesales más adecuadas hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, o si ella contempla formalidades no de esencia, sino de procedimiento, de apreciación objetiva por parte del juzgador, la ley es también de aplicación inmediata.

Este criterio tiene respaldo en lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, que dice: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Conforme a esta disposición, cuando la nueva ley procedimental entra a regir, todos los procesos iniciados antes quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la **sustanciación y ritualidad** de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin menoscabar los sistemas defensivos del procesado, ya que éstos son postulados supremos de justicia penal, por los cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado.

Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría, en perjuicio de éste. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 13 de 1945). 539, 2ª

LEY 64 DE 1923, SOBRE LOTERIAS, ACUSADA DE INCONSTITUCIONALIDAD. — SIGNIFICACION JURIDICA DE LOS TERMINOS "MONOPOLIO" Y "PRIVILEGIO".

— 165 —

El régimen jurídico de la explotación de las loterías establecido por la ley 98 de 1888 fue completamente distinto del vigente después de la expedición de la ley 64 de 1923. De acuerdo con los textos de aquella ley podían coexistir válidamente dos órdenes de regulaciones en la explotación de las loterías: el de la libre concurrencia entre los particulares y el de privilegio, mediante el lleno de ciertos requisitos señalados por los mismos preceptos legales. Ese régimen jurídico hubo de modificarse por el imperio de nuevas normas, como el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910. Posteriormente la ley 64 citada alteró fundamentalmente el sistema anterior, pues instituyó el negocio de las loterías en un monopolio de los departamentos, que está conforme con los textos constitucionales. Estos señalan las características del monopolio: que sean de naturaleza fiscal, es decir, que se instituyan como arbitrios rentísticos —con lo que quedan excluídos los simplemente económicos o industriales— y que sea la ley la que los establezca. No hay duda alguna de que estos elementos esenciales se encuentran en el sistema vigente de la industria de las loterías. La ley 64 la erigió en un verdadero monopolio fiscal a favor de los departamentos y destinó sus productos a las necesidades de la asistencia social.

Si bien el monopolio, por su esencia misma, implica la exclusión de toda concurrencia entre los particulares y el Estado o las demás personas administrativas titulares del derecho de monopolio, ello no quiere decir, en manera alguna, que la gestión de la industria respectiva deba ejercerse directamente por la

administración, que queden cerradas para ésta las demás vías o procedimientos administrativos para ejercitar el monopolio. Desde este punto de vista es claro que entonces, aún en ausencia de disposición legal al respecto, puede la persona pública que asume el monopolio, celebrar contratos relativos a la administración total de éste o a la de la operación o serie de operaciones materiales y jurídicas necesarias para el funcionamiento de la empresa objeto del monopolio. La ley 64 no hizo cosa distinta a la de reconocer a los departamentos esa facultad, y al mismo tiempo exigir determinados requisitos a los cuales deben sujetarse las estipulaciones contractuales que lleguen a acordarse en desarrollo de la industria monopolizada de las loterías.

La celebración de esta clase de contratos no puede considerarse como el otorgamiento de un privilegio en favor del concesionario. El derecho de monopolio continúa perteneciendo a la entidad pública, ya que sólo ésta tiene capacidad constitucional para que en su favor erija la ley una industria dada en monopolio fiscal, o sea, un instrumento para imponer un tributo a los ciudadanos. De esta capacidad —desde luego— carecen los particulares, de donde resultan inseparables los términos poder político y monopolio fiscal. No ocurre lo mismo con los privilegios, institución jurídico-económica que supone que dentro de un régimen de libre concurrencia se otorga a alguien la facultad o derecho de explotar lucrativamente una actividad lícita dada, con exclusión de toda otra persona y durante el tiempo señalado por la ley. De ahí que como garantía de la libertad de industria haya prohibido la Constitución, en principio, el otorgamiento de privilegios al preceptuar que sólo pueden concederse los relativos a inventos útiles o vías de comunicación. La Corte ha definido el privilegio como "la gracia o prerrogativa que se concede a uno, libertándolo de alguna carga o gravamen o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros". El monopolio fiscal es un atributo del Estado y de las actividades políticas; en tanto que el privilegio tiene siempre como titular a una persona natural o jurídica. No es posible, entonces, suponer que puede transformarse el monopolio en privilegio como efecto del ajuste de un contrato por medio del cual el Estado entregue la administración de la industria monopolizada a un particular. Mediante este fenómeno el particular no queda convertido en titular del monopolio ni tiene el carácter de concesionario de un privilegio, sino simplemente el de administrador delegado a nombre de la persona jurídica que por mandato de la ley goza de la atribución privativa de derivar una renta por el ejercicio de una actividad industrial no permitida a las personas privadas (Sentencia, Sala Plena, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 19 de 1945). 305, 2ª

— M —

MANDATARIO

—166 —

El mandatario puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. (Artículos 2146 y 2177. C. C.). Es decir, puede existir un mandato sin representación, ya que el mandato no es esencialmente representativo en el Derecho Civil Colombiano. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945). 756, 1ª

MANDATO

—167 —

El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, que puede ser expresa o tácita, según que se manifieste por escrito o de palabra, o que se deduzca de

la ejecución de un hecho que de una manera clara demuestre que el apoderado se encarga de la gestión. (Artículo 2150 C. C.). Y el objeto del contrato, cumpliendo el requisito de ser un acto jurídico, puede ser constitutivo de cualquier gestión, con los límites y facultades que la voluntad del comitente quiera señalar. El apoderado, en el contrato de mandato civil, obra por cuenta y riesgo de la persona que le confía la gestión del negocio. El mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante; su papel es siempre de intermediario y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Esto cuando el mandato es aparente; pero el apoderado puede, en desempeño de su encargo, contratar en su propio nombre, como si el negocio le interesase personalmente. El comitente en este caso queda desligado de toda acción de parte de terceros, y al mandatario que ha obrado de hecho por encargo del mandante, aunque haya ocultado su calidad al contratar, corresponden activa y pasivamente los efectos legales del contrato, sin perjuicio de las relaciones de derecho que le ligan a su comitente, originadas en el contrato de mandato, como la rendición de cuentas por lo que ha hecho y la entrega de los beneficios obtenidos. En derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandato ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas, y el caso jurídico del mandatario como personal interesado siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación.

La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del C. C. al autorizar el mandato oculto, nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. (Casación, LIX, Nos. 2022. 2023 y 2024, agosto 10 de 1945). 413, 2ª

MAXIMA ERROR COMMUNIS

— 168 —

La máxima **error communis facit jus** requiere indispensablemente y con exigente calificación probatoria, que se demuestre la existencia de un error común o colectivo, que sea excusable e invencible y limpio de toda culpa y en el cual se haya incurrido con perfecta buena fe. Faltando algunos de estos elementos jurídicamente esenciales el error no puede ser fuente de derecho contra la ley y la buena fe no puede ser simplemente alegada como motivo suficiente para justificar su contravención. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 27 de 1945). 397, 2ª

MEDICOS LEGISTAS

— 169 —

En jurisprudencia sentada por la Corte se ha aceptado que los médicos legistas, por ser auxiliares oficiales de la justicia, prestaron su juramento de rigor al posesionarse de su cargo, según lo exigen la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 17 de 1945). 996, 1ª

MENORES DE EDAD

— 170 —

El régimen establecido en nuestro Código Civil para la protección de los menores en sus personas e intereses es de orden público. En el derecho civil la noción de orden público está constituída por el conjunto de reglas que no puede ser alterado por el querer de los contratantes. En nuestra ley civil hay dos clases de reglas: las supletivas y las de carácter imperativo. Las primeras son aquellas por las cuales se viene a sustituír, o mejor, a suplir la voluntad de las partes, en caso de que esta voluntad no sea manifestada. Las de carácter imperativo son obligatorias para todos y la ley establece que ellas no pueden ser derogadas por simple acuerdo de los contratantes, so pena de nulidad del acto. Las leyes imperativas están basadas, pues, en la noción de orden público y no son susceptibles de modificaciones.

No existe disposición legal alguna que permita al representante de un menor celebrar contratos con terceros que desvirtúen las reglas prescritas por el legislador para la enajenación de los bienes de menores de edad. Si se dejara al curador esa facultad, la de asegurar previamente un postor cuando se hubiere de sacar a licitación pública algún bien de su pupilo, comprometiéndose con el presunto postor a que el remate se ha de realizar por un precio entre ellos convenido, quedarían sin efecto las normas de la ley. La subasta pública sería un procedimiento simulado para los efectos de legalizar un contrato anterior. El remate sería por fórmula, porque en la práctica ya se habría efectuado la venta a un precio fijo, sin tener en cuenta el avalúo que los peritos le dieran a los bienes y la posibilidad de que suba el remate por pujas y repujas. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 28 de 1945). 426, 2ª y s. s.

MINAS

— 171 —

Las minas fueron nacionalizadas por el Reglamento sobre minería del 24 de octubre de 1829. De suerte que en litigios de particulares con la Nación, ésta no tiene que presentar títulos que la acrediten dueña de esta clase de bienes, sino que es la persona que le disputa la propiedad quien tiene que evidenciar en cada caso, con título suficiente, que la Nación se desprendió del dominio para radicarlo en el patrimonio de la persona con quien litiga.

La acción reivindicatoria existe cuando la persona que se titula dueña de un bien determinable, de que no está en posesión pide que se ordene a quien lo posee que se lo restituya, pues esos son los requisitos propios de la acción de dominio, según los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil. Cuando falta uno de estos requisitos no puede prosperar la acción.

En tratándose de minas de metales preciosos que son o fueron adjudicables se puede afirmar que es indiscutible en derecho privado que para que una persona tenga la calidad de dueña es necesario que posea un título emanado del Estado o que se ligue a título de esa naturaleza mediante otros traslaticios de dominio y que la mina no esté legalmente abandonada. Sin necesidad de hablar del Fuero de Nájera, del Fuero Viejo de Castilla y de las Leyes 5ª y 9ª, Título 28, Partida 3ª, y Ley 5ª, Título 15, Partida 2ª, el Ordenamiento de Alcalá insinuó el sistema regalista en España contrario al de accesión del antiguo derecho romano. Y Felipe II, en Real Cédula de Valladolid del 10 de enero de 1559, estableció claramente el regalismo absoluto, como puede leerse en el ordinal correspondiente.

Los requisitos legales para adquirir derecho a trabajar una mina se contienen en el

Nº 22 de la Ley 4ª, Título 13, Libro 6º de la Nueva Recopilación y en los 17, 22 y 23 del Ordenamiento de San Lorenzo del 22 de agosto de 1584. Para conservar el derecho era indispensable el laboreo formal o pueble, en la forma dicha en el numeral 37 de la Ley 4ª citada. En esa época la reversión del dominio se verificaba por el sólo despueble o falta de labor formal: era una cuestión de hecho, semejante a lo que acontece por el no pago completo y oportuno de los respectivos impuestos que gravan las minas, es decir, que para que la reversión se verificara, o sea, para que la mina se entendiera abandonada no se requería ninguna diligencia o previa declaración por parte de autoridad pública. La observancia de las citadas disposiciones del derecho español fue obligatoria en Colombia por mandato del artículo 188 de la Constitución de Cúcuta de 1821; y aún la ley de 13 de mayo de 1825 estableció el orden en que debían prevalecer las que hubieran sido sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808. Finalmente, la ley de 5 de agosto de 1823 autorizó al Poder Ejecutivo para dar en arrendamiento las minas pertenecientes en propiedad a la República, menos las de platino. (Ley 9ª, parte 4ª, Tratado 5 de la Recopilación de Leyes de la Nueva Granada).

Las salinas y pozos de agua salada fueron declarados de la Corona Real en el Ordenamiento de Alcalá, como antes se vió. La incorporación de ellas a la Corona y Patrimonio Real fue repetida por Felipe II en su Ordenamiento de Madrid del 10 de agosto de 1564 (Ley 1ª, Título 19, Libro 9º de la Novísima Recopilación). Se dispuso allí que sin una licencia Real no podían ser elaboradas dichas salinas. La ley 26 de 1824 ordenó que todas las salinas de la República que no estén enajenadas pertenecen a ella y, por tanto, se tendrán como parte de las rentas nacionales y su administración toca a la República. Y en Decreto de 10 de abril de 1826 se dispuso que las salinas de propiedad de la República y las que por su cuenta se administren se den en arrendamiento para su explotación; y ordenó, además, que en los tres meses siguientes a su publicación presentaran los particulares los títulos justificativos de la propiedad que pretendieran tener; y que quienes no cumplieran con esa formalidad, aunque los títulos fueran válidos, perderían su derecho. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 1º de 1945). 602, 2ª

— N —

NULIDAD

— 172 —

Bajo la vigencia del antiguo Código Judicial era posible demandar por la vía ordinaria la nulidad de las sentencias dictadas contra las personas que no hubieran sido parte en el pleito o no hubieran sido legalmente representadas, o cuando no se había definido claramente en el fallo los derechos y obligaciones que de él resultaran a las partes. Actualmente sólo se han erigido en causales de nulidad procedimental, para ser ejercitadas por la vía ordinaria, al tenor del artículo 457 del C. J., las que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa. De manera que en el actual procedimiento civil no existen disposiciones que permitan alegar por vía ordinaria nulidades contra sentencias ejecutoriadas o autos interlocutorios, por vicios que puedan afectarlas en esencia, tomándolos como piezas aisladas o independientes del juicio a que dieron lugar, como ocurría antes, bajo el imperio del antiguo Código. Ese medio para subsanar irregularidades procedimentales fue suprimido por inútil e innecesario. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 20 de 1945). ... 872, 1ª

NULIDAD

— 173 —

La segunda de las causales de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial reza, como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo, que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 13 de 1945). 843. 1ª

NULIDAD

— 174 —

No es causal de nulidad de una venta el hecho de que con ella se hubiera pretendido eludir el pago de derechos fiscales, entre otras cosas, porque el Estado nunca pierde la facultad de recaudar los respectivos gravámenes fiscales por razón de sucesiones y donaciones. Respecto de las donaciones disfrazadas, la ley les da a los recaudadores de renta —artículo 67 de la Ley 63 de 1936— amplios poderes de investigación a efecto de aclarar administrativamente si determinado acto envuelve donación o remisión, de manera que si resulta que hay donación el funcionario debe proceder a recaudar el impuesto con los recargos. Esto está indicando que las donaciones no se anulan por la causa expresada. Sobre un acto nulo el Estado no podría cobrar impuestos. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 25 de 1945). 121, 2ª

NULIDAD

— 175 —

Es muy distinto demandar la nulidad de una venta por falta de acuerdo entre las partes sobre la cuantía del precio, en que la discusión se plantea, como en la demanda de casación sobre el límite más alto o más bajo del precio estipulado, a demandar sobre la base de que el contrato consignado en el respectivo documento literal es meramente aparente, tendiente a encubrir otra convención. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 10 de 1945)..... 324, 1ª

NULIDADES

— 176 —

La nulidad es la falta de valor de un acto jurídico. La nulidad, en ciertos casos, es una verdadera sanción establecida por la ley por haberse violado alguna prohibición o mandato de interés general; en otros casos, es una medida de protección en favor de determinadas personas. Cuando la nulidad se funda en razones de interés general o de orden público y es causada por una prohibición de la ley, o por un defecto esencial que impide al acto producir efecto jurídico alguno desde el momento de su celebración, es nulidad absoluta. La relativa es una medida de protección establecida por la ley en favor de determinadas personas que, por razón de su incapacidad, no tienen la libre administración de sus bienes, o que han sufrido un error, engaño o violencia en la conclusión de un acto jurídico. Ella se funda en el interés privado de las partes. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 28 de 1945). 427, 1ª

NULIDAD DE LA PARTICION

— 177 —

La acción de nulidad o rescisión de una partición corresponde, conforme al artículo 1405 del Código Civil, exclusivamente a los partícipes, que son los que tienen interés en alegarla; no a terceros para quienes la partición es **res inter alios**. Del contexto del mismo artículo 1405, inciso 2º, y de las disposiciones siguientes, 1406, 1407, 1408, 1409 y 1410 se infiere, sin ningún esfuerzo, la teoría indicada, ya que la rescisión por causa de lesión se da al **partícipe** que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota; corresponde a los otros **partícipes** detener la acción rescisoria ofreciendo y asegurando el suplemento al perjudicado; pierde la acción de nulidad o rescisión el **partícipe** que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo las excepciones expresamente legisladas; la prescripción de la acción de nulidad o rescisión está erigida entre **partícipes**; y por último, el **partícipe** que no intente la acción de nulidad o rescisión no pierde los otros recursos que posea para ser indemnizado. Ni aun los acreedores tienen la acción de nulidad de la partición, cuando se pretermite la observancia de las prevenciones legales destinadas a facilitar por la herencia el pago de sus acreencias, según lo reconoció la Corte con la doctrina que aparece en el número 2637 del tomo 1º de su Jurisprudencia.

Por otro aspecto, el reparto de bienes que no pertenecen a la herencia tampoco es motivo de nulidad de la partición entre los herederos. Mucho menos lo será con relación a terceros. Así se infiere del artículo 1388 del C. C. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 10 de 1945). 329, 1ª

NULIDAD EN EL PROCESO PENAL. — HOMICIDIO INTENCIONAL AGRAVADO. LEGITIMA DEFENSA. — EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA. — VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 178 —

En el caso del proceso la audiencia pública se hizo por dos veces aplicando disposiciones derogadas por el Código de Procedimiento Penal, en vez de regirse el acto por los preceptos de la ley 4ª de 1943 que ya se hallaba vigente, lo que induce nulidad; pero esa nulidad no puede decretarse sino cuando ella es alegada previamente en las instancias del juicio, bien por el reconocimiento explícito que haga el fallador, o por la invocación que de ella haga el procesado o el defensor. Pero finalizado el proceso en virtud de sentencia definitiva, sin que las partes hubieran alegado en la debida oportunidad la existencia de esa nulidad o la que se deduce del principio constitucional, de que en materia criminal se aplica la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, la Corte —en casación— no puede declarar la existencia de esa nulidad porque ello equivaldría a dar vida a procesos ya terminados.

La aplicación del principio de la ley permisiva o favorable en el tránsito de una legislación a otra no puede sujetarse a las consecuencias del fallo. sino al ejercicio del derecho dentro de los trámites de la ley. Esa oportunidad se presenta cuando el juez, en presencia de la nueva ley, aprecia que objetivamente es más favorable a las pretensiones del procesado, o cuando éste o su defensor estiman que la nueva reglamentación encarna mejores medios defensivos para sus intereses. Pero en esta hipótesis la invocación de ese derecho debe hacerse antes de verificarse la audiencia o en los momentos en que se desarrolla ésta, pero de ninguna manera después

de dictada la sentencia de segundo grado. Fuera de estos casos su omisión no engendra nulidad que pueda ser invocada dentro del recurso extraordinario de casación.

Para estructurar la figura del homicidio en la categoría de los artículos 362 y 363 del Código Penal es indispensable la concurrencia de estos elementos: propósito de matar, o sea el factor intencional o dolo específico de causar la muerte a determinada persona, y relación de causalidad entre el acto llevado a cabo por el homicida y el efecto producido con motivo de su acción injurídica que destruye la vida. En nuestra legislación el homicidio agravado o calificado se llama asesinato, en atención a que se halla revestido de modalidades graves que se refieren, tanto a las circunstancias objetivas como también a las subjetivas del delito. Las primeras se relacionan únicamente con los medios y factores extremos dentro de los cuales se puede ejecutar el hecho material; las segundas son índices avaluadores de la intención y potencialidad ofensiva de la persona que ejecuta el hecho, y por esto la ley reprime con mayor severidad el homicidio agravado.

Si el hecho se consumó en las condiciones determinadas por el artículo 25 del C. P., que contempla las causas de justificación, no se puede sostener jurídicamente la existencia de un hecho punible, porque las circunstancias que justifican el acto no engendran en ningún caso violación de la ley penal sustantiva. Pero si a pesar de cumplirse los hechos al amparo de la disposición citada se excede el agente activo del delito de los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad de defenderse contra la agresión inopinada e injusta, actual o inminente, que implique peligro en el aplazamiento de la defensa o conlleve las consecuencias de un daño irreparable, la ley reprime el exceso en la legítima defensa, en virtud de la disposición del artículo 27 de la obra citada. La legítima defensa (artículo 25 C. P.), como el exceso de ella (artículo 27), excluyen la existencia del dolo, bien sea éste general o específico. En la primera, el acto se realiza como ejercicio de un derecho que para su efectividad supone indispensablemente el uso de la fuerza; y en la segunda, aunque el acto presupone el ejercicio de un derecho legítimo, la defensa excede en la protección del mismo. En estos casos no puede hablarse de la concurrencia del dolo, pues de existir, el hecho generaría un delito común y no tendría cabida la legítima defensa, porque lo uno excluye lo otro. Si el delito intencional necesariamente lleva en sí la existencia del dolo, la noción que se contrapone al delito es la de la justificación del hecho; estos dos conceptos (delito y justificación) no pueden coexistir respecto de un mismo acto. De manera que el veredicto que afirme a la vez estos dos factores es contradictorio, porque hay imposibilidad lógica y jurídica para conciliar las dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 29 de 1945).

NULIDADES DEL PROCESO PENAL

— 179 —

Los artículos 198 y 199 del C. de P. P. consagran las causales de nulidad que pueden surgir en un proceso penal. Esas nulidades son absolutas o relativas. Las primeras vician el procedimiento en sus bases o contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo o por el consentimiento expreso de las partes que en él intervienen; las segundas son subsanables por el transcurso del tiempo o por cualquier actuación posterior de los interesados. Las nulidades establecidas por esos artículos son taxativas y su interpretación debe ser restringida, no analógica, respecto de las disposiciones que las consa-

gran. El juzgador no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que sólo constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una formalidad externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad.

Las nulidades constitucionales deducidas de lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional, aunque no se hallan consagradas en los artículos antes citados, deben reconocerse y declararse cuando existen.

El hecho de que algunos jueces de conciencia no hubieran cumplido estrictamente con los mandatos de los artículos 528 y 529 del C. de P. P. no incide en la nulidad substancial del artículo 26 de la Carta.

El procedimiento que debe seguirse para reconocer una causal de nulidad no está sujeto a tramitación alguna; se decide en vista de lo actuado y de las pruebas que figuran en el proceso. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, diciembre 5 de 1945).

1022, 2ª

NULIDADES EN DERECHO PENAL

— 180 —

Las nulidades en derecho penal se establecen con el fin exclusivo de favorecer los intereses del sindicado. Su declaración es procedente en los casos en que se hallen conculcados o supeditados los derechos de éste, por acciones u omisiones de la ley; pero cuando esa acción u omisión no menoscaba los derechos del sindicado, ni los de la justicia, ni los de la sociedad, no es pertinente su declaratoria, porque lejos de corregir un error, se caería en un abuso más grave, en perjuicio de los intereses de la justicia, de la sociedad y del propio sindicado, que en nada se beneficiarían con la declaratoria de nulidad.

Omitida la notificación personal del auto de proceder, si posteriormente se hace al procesado otra notificación personal en el mismo juicio, se establece una presunción en contra de él, de que al notificarse, necesariamente tiene que conocer al auto de proceder. Si esta nulidad no fuera subsanable por la notificación personal, posterior a dicho auto, se establecería una prerrogativa ilimitada en favor del sindicado, con menoscabo de los intereses de la ley y de la sociedad. En tales circunstancias, el procesado callaría el hecho generador de nulidad, para alegarlo en cualquier momento, antes de dictarse la sentencia, con lo cual se establecería un caso de "fraude a la ley". (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, julio 18 de 1945). . . .962, 1ª

NULIDADES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS

— 181 —

Muchas veces se ha dicho ya que una cosa son las nulidades de naturaleza sustantiva, establecidas y gobernadas por las disposiciones que integran el título 20 del libro IV del Código Civil, y otra muy distinta las de carácter adjetivo consagradas y reglamentadas en el capítulo VII del título XII del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Son las primeras las que se refieren a actos y declaraciones de voluntad cuando carezcan de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie o la calidad o estado de las partes, y las segundas las que se refieren a determinadas y precisas irregularidades en los procesos judiciales. En las nulidades sustantivas se trata de los actos o contratos en sí mismos considerados como generadores de consecuencias jurídicas, mientras que en las otras solamente entra en juego el concepto de si el procedimiento como vía legal para obtener la eficacia de un derecho está o no vi-

ciado por ajustarse o no a las formalidades de la ley.

Las irregularidades procesales constitutivas de nulidad adjetiva, están determinadas taxativamente en la ley. Las que producen nulidad en todos los juicios las señala el artículo 448 del C. J. "Los motivos de nulidad adjetiva —ha dicho la Corte— han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio". Cuando en la secuela de un juicio se incurra en alguna de estas causales de nulidad, fuera de la obligación que corresponde al juez según el artículo 455 del C. J., en cualquier estado de la causa, antes que se dicte la sentencia, pueden las partes litigantes pedir que sea declarada, por los trámites de una articulación. Pero este derecho para pedir la invalidez del proceso, como es obvia consecuencia del principio del efecto relativo de las sentencias judiciales, corresponde exclusivamente a las partes litigantes y dentro del juicio mismo. Cerrado el debate judicial no puede ocurrirse al remedio de la nulidad en juicio ordinario sino en los casos y condiciones que autoriza la ley. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 13 de 1945). 850, 1

— O —

OCUPACION DE HECHO

— 182 —

El artículo 17 de la ley 200 de 1936, a la que se acogen los actores, prescribe una tramitación sumarísima en el caso de cualquiera ocupación de hecho, lo que vale tanto como decir, operada sin causa justificativa. Supone en el presunto usurpador una ocupación arbitraria e inmotivada. Las transcripciones que anteceden, patentizan cómo la ocupación de hecho se ha concretado únicamente a los yacimientos de yeso. En tales circunstancias, la Ley de Tierras no es aplicable. En efecto, el artículo 5º de la Ley 200 de 1936 está concebido así: "Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación alguna respecto del subsuelo".

Sin este artículo se hubieran presentado quizás serias dificultades de interpretación de la Ley de Tierras; pero ellas han quedado desvanecidas con la norma transcrita. El deslinde era necesario. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 6 de 1945). 562, 2ª

— P —

PAGO

— 183 —

El pago que un tercero hace por el deudor puede ser de tres maneras: I. Con la voluntad expresa o tácita del deudor en cuyo caso el que paga queda subrogado, por ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los derechos de éste, es decir en todas sus acciones, privilegios, prendas e hipotecas. (Artículos 1630 y 1668, numeral 5º, del C. C.). II. Sin conocimiento del deudor, y en este caso el que paga no se entiende subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. El que paga en estas condiciones sólo pretende liberar al deudor, extinguir la deuda; y eso no ocurriría si mediara subrogación, porque en virtud de ésta el tercero que paga queda en el lugar del acreedor y puede ejercer contra el deudor la

misma acción que tenía el acreedor primitivo, con todos sus privilegios e hipotecas. Para que haya subrogación, es menester que el deudor consienta, expresa o tácitamente, en el pago que hace el tercero. No mediando conocimiento del deudor, el tercero que paga por él no puede entablar como aquél la acción correspondiente a la obligación extinguida por su pago; pero tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado: tiene la nueva acción como **negotiorum gestor** por haber desempeñado un negocio del deudor. (Artículo 2313 del C. C.). Este derecho es para el simple reembolso de la suma pagada al acreedor. Y III. Contra la voluntad del deudor. En este caso el que pagó tiene derecho a que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción. (Artículo 1632 del C. C.). Este es un caso especial de excepción, porque en principio, el que paga por otro tiene recurso contra el deudor liberado. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 25 de 1945). 385, 2ª

PAGO

— 184 —

Tratándose de pagarés o instrumentos negociables el pago hecho por los principales obligados al deudor, descarga el instrumento, según los artículos 54 y 121 de la ley 46 de 1923 sobre instrumentos negociables. El descargo tanto quiere decir como que el crédito que consta en el instrumento desaparece porque se ha pagado. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 31 de 1945). 408, 2ª

PAGO DE LO NO DEBIDO

— 185 —

Es un principio general de derecho, aceptado por nuestra jurisprudencia y aplicado al tenor del artículo 8º de la ley 153 de 1887, que para recobrar lo pagado indebidamente, a falta de norma expresa, son aplicables las reglas generales de equidad sobre enriquecimiento sin causa. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 28 de 1945). . . . 431, 1ª

PARTICION

— 186 —

Los tutores y curadores y, en general, los que administran bienes ajenos no pueden, por disposición de la ley, sin licencia judicial, proceder a la partición de herencias o bienes raíces en que tengan parte sus pupilos. Pero si un heredero o interesado mayor de edad demanda la división, ya no se requiere tal licencia, pues ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en indivisión y la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario (Artículos 1374, 1379 del C. C. y 953 del C. J.).

El haber dado en pago bienes raíces en que pudieran tener parte los menores de edad, hecho por el partidor para cubrir las deudas de la herencia, sin licencia judicial, entrañaría una nulidad relativa alegable sólo por los menores.

Durante el juicio de sucesión se pueden proponer objeciones a los inventarios y a la partición. La sentencia del Tribunal que decida sobre las objeciones propuestas a la partición aprobándola, puede ser materia de recurso de casación. En él cabe el estudio de las causales alegadas y de las nulidades que hayan afectado el procedimiento dentro del motivo sexto del artículo 520 del C. J., pero transcurrida tal oportunidad sin hacer uso de ella, ya no es dable la revisión de los inventarios y partición en juicio distinto, por la vía ordinaria, ni el estudio de nulidades en el procedimiento que no sean las expresa-

mente indicadas por el artículo 457 del C. J., concernientes a la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o que no estuvo debidamente representada en el juicio, por la persona cuyo derecho se sacrifica. Las particiones de bienes, junto con sus sentencias aprobatorias, son recurribles ante la Corte cuando habiendo sido objetadas en tiempo, el Tribunal en segunda instancia no acepta objeciones. Pero ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición en la respectiva causa mortuoria sin que se hubiera hecho uso del recurso de casación, ya sólo cabe la demanda de nulidad por la vía ordinaria cuando el consentimiento de alguno o algunos de los partícipes haya quedado lesionado por alguno de los defectos legales que vician el consentimiento de los contratantes o cuando haya existido en la adjudicación lesión en más de la mitad de la cuota hereditaria, o cuando en el proceso se haya incurrido en alguna o algunas de las causales de nulidad señaladas por el artículo 457 del C. J. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 25 de 1945). 871, 2,

LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO POSITIVO DE LA SANCION PENAL

— 187 —

La noción de peligrosidad criminal en el sentido más generalmente aceptado se explica por la capacidad, inclinación o aptitud para el delito, manifestadas en determinados actos o atributos específicos, que rigen y guían al Juez en la individualización de la pena o sea en la adaptación de la sanción represiva a la personalidad del infractor, en relación con su delito y con su readaptibilidad.

Quiere decir esto que la peligrosidad criminal, en su aspecto jurídico, esto es, como criterio positivo de la sanción penal —que es lo que aquí interesa— es una cualidad, de carácter fundamentalmente subjetivo, que se manifiesta y realiza sea en el delito por su gravedad y modalidades, sea por sus motivos determinantes, sea por la personalidad del delincuente, ya se tomen estos factores en su conjunto o separadamente. Son, pues, éstas las formas generales en que la peligrosidad criminal se concreta y al mismo tiempo los criterios que se adoptan en su determinación, según las doctrinas de la escuela criminal positiva resumidas en el Proyecto de Ferri; y como no se ciñó totalmente a ellas, la Comisión que elaboró el proyecto del Código colombiano, conviene —tratándose de analizar el criterio que el Tribunal de Cartagena adoptó en la determinación de la peligrosidad de Torres— hacer referencia al origen de las normas que la rigen y a su sistema de aplicación.

La mencionada Comisión, opuestamente a la orientación científica y doctrinaria seguida —al menos generalmente— en la redacción del proyecto, se apartó aquí de aquélla para asumir una nueva posición menos armónica con la escuela criminal positiva que con las intermedias que la precedieron, y así, si acogió —de acuerdo con aquélla— el criterio de la responsabilidad legal como fundamento positivo de la sanción, también acogió el de la peligrosidad, pero no ya como principal, esto es, en la categoría que le da la mencionada escuela, sino como uno de los varios criterios de aplicación de la sanción, como a continuación se explica.

El proyecto de Ferri de 1921, que en buena parte inspiró el Código vigente, establece —en los artículos 20, 21 y 22 del Capítulo II relativo a "La Peligrosidad" del Título II relativo a "El Delincuente"— los siguientes principios:

a) El de que la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad;

b) El de que el grado de la peligrosidad se determina por la gravedad y modalidades del

hecho, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente;

c) El de que las circunstancias enumeradas en el artículo 21, en cuanto no se hayan previsto como elementos constitutivos o circunstancias modificadoras del hecho punible, indican una mayor peligrosidad en el delincuente; y

d) El de que las enumeradas en el artículo 22, cuando no han sido previstas de otro modo, indican menor peligrosidad en el delincuente.

La Comisión colombiana, no obstante que reprodujo en los artículos 37 y 38 del Código, casi en su totalidad, las enumeraciones de las circunstancias indicativas de mayor o menor peligrosidad de los artículos 21 y 22 del proyecto de Ferri, se apartó luégo de éste y asumió una posición que, sin ser definidamente clásica, tampoco encaja dentro de las más destacadas escuelas que en oposición a aquélla no aceptaron la tesis del positivismo ortodoxo, y se situaron más o menos equidistantes de los dos extremos. Así se deduce de la historia del artículo 36 del estatuto penal actual, cuya fórmula primitiva —la de la Comisión que revisó el Código de 1922 (Ley 109), aunque menos confusa que la vigente— revela la dirección doctrinaria.

"Dentro de los límites señalados por la ley —decía el proyecto de 1923— se aplica la sanción al delincuente, en la medida de su responsabilidad. Esta se gradúa por la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las diversas circunstancias que lo acompañan y la personalidad del agente". Fórmula ésta que fue explicada en los términos siguientes: "Finalmente, todos los miembros de la Comisión convienen en que debe adoptarse un sistema intermedio entre el del Código actual (el de 1890) y el de la Ley 109, a saber: que se enumeren en la ley las circunstancias agravantes y atenuantes (que la Ley 109 había omitido) para que el Juez determine según ellas la cantidad de la pena, sin que la ley señale proposición fija entre cantidad de pena y número de circunstancias". La Comisión de 1922 fue, pues, lógica al hacer la enumeración de las agravantes y atenuantes, considerándolas como "circunstancias que agravan (o atenúan) la responsabilidad del delincuente, en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito.

La Comisión de 1934 (la que elaboró el proyecto del actual Código), fue menos lógica, pues si aceptó la agravación o atenuación de la responsabilidad mediante la aplicación de las circunstancias enumeradas en los artículos 37 y 38, en cambio en el artículo 36 —rompiendo el eje coordinador doctrinario— desechó la responsabilidad como medida de la pena, sin sustituír clara y expresamente este criterio por el de la peligrosidad, como aparece haber sido el pensamiento original, y para los efectos de la sanción, como en el artículo 37 para los de la responsabilidad, a la personalidad del delincuente y a la gravedad, modalidades y motivos determinantes del delito, agregó las circunstancias de mayor o menor peligrosidad confundiendo así la peligrosidad como criterio de la sanción con los elementos básicos de su graduación, y en oposición a la afirmación reiterada en la Exposición de Motivos según la cual la Comisión, guiada por el principio defensista, adoptó —dice— "la actividad psicofísica como base o fundamento de la imputabilidad penal y la **peligrosidad social** —subraya la Sala— como medida de la responsabilidad". Y es afirmación ésta que no coincide —como ya se dijo— con la forma y contenido jurídico del artículo 36, aunque sí, e integralmente, con los del artículo 80 (ordinal c) en el cual la Comisión adopta, con entereza doctrinaria, la noción de la escuela criminal positiva, al prescribir, como condición para suspender la ejecución de la pena, que "su per-

sonalidad (la del delincuente), la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes den al Juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir". (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, diciembre 11 de 1945). ..... 1034, 1ª y s. s.

PENA

— 188 —

Para adecuar o proporcionar la pena a determinado delincuente no debe atenerse el sentenciador tan sólo a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad como ocurría bajo la antigua legislación con las agravantes y atenuantes; pues a más de las circunstancias el Juez debe apreciar también "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes" y "la personalidad del agente". (Artículo 36 del Código Penal). (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 20 de 1945). 176, 1ª

— 189 —

PENA

La ley reconoce al juzgador de instancia el poder discrecional de individualizar la sanción. Hoy no se determina la pena en su cantidad por las solas circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, como se hacía en el antiguo Código con las agravantes y atenuantes, sino que es preciso tomar en cuenta, además, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del procesado. (Artículo 36, C. P.). (Casación, LIX, Nos. 2020 y 2021, mayo 21 de 1945). 204, 1ª

PENSION A LOS MIEMBROS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

— 190 —

El artículo 252 del C. P. y M. prevé el caso de que se haya omitido asentar el acta de posesión de un empleado. Natural es que pueda sustituírse la ausencia de ese comprobante con pruebas que legalmente lo suplan. Y así como puede establecerse la posesión de los Magistrados y Jueces con comprobantes legales de que han ejercido las funciones respectivas (artículo 7º, C. J.), a los empleados subalternos que se hallen en el mismo caso ha de serles posible, por aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887, ocurrir a la misma prueba supletoria. De esa manera, el empleado subalterno que, junto con el nombramiento, sea capaz de establecer el ejercicio subsiguiente del cargo para el cual ha sido nombrado, ha de ser tenido como posesionado en fuerza de la presunción **de derecho** establecida en el artículo 7º del Código de Organización Judicial.

El ciudadano que ha desempeñado el cargo de Juez Municipal debe ser considerado como servidor de la Rama Jurisdiccional. La Nación, representada por ese ciudadano cuando a nombre de ella ha impartido justicia, debe correr con la obligación de computar esa hoja de servicios cuando quiera que se la exhiba limpia y completa; o, en otros términos, cuando preste el mérito exigido por la ley para las recompensas, y por ella acordadas a los servidores en tal ramo.

Como en la ley 22 de 1942 se dice que debe regir desde su sanción, una vez llenada esta formalidad constitucional, los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y del Contencioso Administrativo y sus subalternos han entrado en el goce pleno de las concesiones que en ejecución de esa ley les competen. Dictada ella especialmente para los funcionarios nombrados, no les exige térmi-

no distinto del de veinte años de servicio como condición para que puedan demandar la pensión de retiro. No hay por qué buscar entonces en otra ley término distinto como condición requerida para la recompensa. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024 septiembre 6 de 1945). 615, 1ª

PENSIONES

— 191 —

El ciudadano que ha desempeñado el cargo de Juez Municipal debe ser considerado como servidor de la Rama Jurisdiccional. La Nación, representada por ese ciudadano cuando a nombre de ella ha impartido justicia, debe correr con la obligación de computar esa hoja de servicios cuando quiera que se la exhiba limpia y completa; o, en otros términos, cuando preste el mérito exigido por la ley para las recompensas, y por ella acordadas a los servidores en tal ramo.

La Ley 22 de 1942 debe aplicarse, en consecuencia, para conceder pensión a quien haya sido Juez Municipal. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024 septiembre 19 de 1945). 622, 2ª

PERJUICIOS

— 192 —

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

En casos como el de autos debe demostrarse la realidad del daño patrimonial que gene-

ra en su autor la obligación de repararlo compensatoriamente. En tal caso, no siendo el derecho de dominio el objetivo primordial ni principal de la controversia judicial, no hay razón para exigir la perfección en la prueba de este derecho real como si se tratara de establecer el derecho oponible a todo el mundo. Para legitimar la personería del actor en frente del demandado responsable del hecho culposo determinante del daño material debe bastar la prueba sumaria de la propiedad. La razón jurídica de esta prueba es vincular procesalmente al responsable con la verdadera víctima del perjuicio, establecer la relación entre deudor y acreedor, para que la reparación del daño sea un pago legítimo y no quede expuesto el autor del daño a la posibilidad de un pago doble. Demostrada sumariamente por el actor la propiedad de las cosas que han sido dañadas, esto es, acreditada la verdad de un perjuicio patrimonial, y establecidas con prueba a cargo de él, según las reglas generales de derecho, las demás condiciones de existencia de la responsabilidad, la obligación de reparar el daño se impone. Satisfecha esta obligación probatoria del acreedor, si el autor del daño alega la inexistencia del derecho aducido por su demandado sobre las cosas, a él corresponde entonces la carga de la prueba.

El valor probatorio que corresponde a la diligencia sumaria de que habla el artículo 732 del C. J., lo mismo que a los peritazgos rendidos en ella, por peritos no nombrados en la forma ordinaria, sin citación previa de nadie ni ulterior traslado, es el de una presunción más o menos grave cuyo valor demostrativo es variable según el concepto del Juez ante quien se aduzca como siempre ocurre con la estimación de cualquier prueba indiciaria. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 11 de 1945). 103, 1ª

PERJUICIOS

— 193 —

En el dominio de la responsabilidad civil por culpa la diferencia que según nuestra ley existe entre el delito y el cuasi delito es puramente psicológica. Habrá delito cuando el agente obra impulsado por mala intención por un fin nocivo, con **animus nocendi.** En el cuasi delito esta intención no existe; hay simple negligencia o imprudencia no intencionada. Pero esta intención carece de importancia práctica porque las reglas y las consecuencias de un hecho ilícito no dependen del nombre del delito o cuasi delito que merezca el hecho, sino de las condiciones sustanciales en que se consuma. Exista perjuicio con intención o sin ella, la ley obliga por igual al autor del hecho nocivo a reparar, sin establecer una correlativa graduación de los daños. Se reparan todos los daños. De ahí que la doctrina moderna prescinda de la nomenclatura tradicional, reemplazándola por otra cualquiera de significado más real, como **delitos, hechos ilícitos,** bajo las cuales comprenden todo perjuicio causado, intencionado o no, de modo culpable a otro. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 31 de 1945). 409, 2ª

— 194 —

PERJUICIOS

Son postulados de ley y de doctrina cuya evidencia ya casi nadie discute, que las personas, sean naturales o morales, responden civilmente no sólo por culpa indirecta o presunta, sino también por culpa directa probada en razón de los hechos u omisiones dañosos que ejecutan.

Las dos obligaciones, la de pagar el seguro de vida del empleado que ha fallecido al servicio de una empresa, y la de cubrir las in-

demnizaciones que se causan por razón de la misma muerte en un accidente de tránsito, son independientes entre sí, como que provienen de causas distintas: la primera nace del seguro de vida impuesto por las leyes sociales con cargo a la empresa en la cual servía el empleado perecido, y la segunda se deriva de la culpa extracontractual imputada por la ley a la otra persona responsable del accidente. Son pues dos obligaciones diferentes, a cargo de dos deudores distintos, aunque en favor de un mismo acreedor, los herederos del empleado o de la víctima, y aquél tiene el claro derecho de exigir el cumplimiento de ambas en su integridad de las personas obligadas.

Interpretando el artículo 95 del Código Penal observa la Corte que el límite máximo de reparación fijado en esa disposición legal es para "la indemnización que corresponda al ofendido", como lo reza claramente el texto; lo cual está significando, al usarse esta expresión en singular, que cuando son varios los ofendidos a cada uno debe asignársele la correspondiente indemnización, pero sin pasar para éste de la cantidad indicada en dicho artículo. Resulta entonces, como la interpretación más conforme con el texto claro del artículo citado, la que admite al aplicar éste en lo civil para el efecto de regular el daño moral subjetivo, que el límite fijado por esa disposición es rígido y no se puede traspasar por el juzgador al fijar el **pretium doloris**, pero con la aclaración de que la compensación o, mejor dicho, la reparación para cada demandante u ofendido puede fijarla prudencialmente el Juez hasta el límite máximo señalado en dicho artículo. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 6 de 1945).

139, 1ª y 2ª

PERJUICIOS

— 195 —

El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por éstos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de sus obligaciones, y de éstos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte. (Artículo 1616, C. C.).

La Corte, siguiendo la doctrina de los tratadistas, tiene sentada jurisprudencia de que el incumplimiento o el cumplimiento retardado de una obligación contractual no da lugar a exigir una indemnización por perjuicios morales. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945). 748, 2ª

— 196 —

PERJUICIOS

En el caso de autos la presunción de culpabilidad a cargo de la Nación o de su empleado, el encargado de la cadena en el retén, culpa del empleado de la cual responde también la Nación, ha de ser reconocida en el fallo,

según jurisprudencia reiterada y constante de la Corte. En realidad de verdad no aparece del proceso demostración alguna tendiente a dejar establecido a favor de la Nación la destrucción de la presunción de culpabilidad de que se viene hablando, es decir, en el sentido de poder declararla exenta de toda culpa en el accidente ocurrido al señor González y que dio origen al presente litigio. Empero, a cargo del jinete señor González, quien transitaba de noche a caballo por la carretera y a paso rápido, según se puede inferir de la naturaleza del accidente mismo, y que sabía, según aparece demostrado en autos, merced a confesión hecha en posiciones por dicho demandante de la existencia del retén en la carretera y del uso de la cadena, es decir, que ejercitaba también una actividad peligrosa en aquel entonces, hay lugar igualmente a presumir culpabilidad, o descuido, en relación con el accidente y en perjuicio propio de quien lo sufrió. Y esta conclusión conduce a mirar el asunto a la luz del artículo 2357 del Código Civil. De manera que la presunción de culpabilidad a cargo de la Nación, presunción de culpabilidad no destruída con pruebas pertinentes en el proceso, y la presunción de culpabilidad también a cargo del señor González, presunción que éste tampoco hubo de destruír, originan el que se configure en este asunto un caso de concurrencia de culpas, que necesariamente habrá de tenerse en cuenta para la decisión del litigio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, septiembre 1º de 1945). 1122, 1ª

PERJUICIOS

— 197 —

La injuria causada al acreedor, que lo faculta para pedir al deudor indemnización de perjuicios, consiste en la inejecución de la obligación que tiene lugar en tres casos: cuando hay incumplimiento total, cuando la obligación se ha cumplido imperfectamente y cuando se ha retardado su cumplimiento. El perjuicio causado a una persona da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y conocidos de esta relación son: un perjuicio, una culpa y un enlace de causalidad. Por consiguiente, el acreedor o sea la víctima, puede ejercitar contra el deudor o el autor del daño, la acción de responsabilidad, sin consideración a que la culpa del responsable sea contractual o extracontractual. De acuerdo con el principio fundamental que concede a toda persona lesionada la acción de responsabilidad, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de ensanchar cada vez más el círculo de esa noción, con la sola limitación de que se produzca en el Juez la certidumbre de que ese perjuicio, aun alejado, sea el resultante de la culpa inicial, como su consecuencia lógica y cierta. Cuando el daño causado a un tercero proviene de la inejecución o de la ejecución defectuosa del contrato, aquél tiene derecho al resarcimiento del perjuicio sufrido, siempre que pruebe la realidad de éste y la legitimidad del interés lesionado.

Legalmente se presume la culpa del deudor que no cumple oportuna e íntegramente su obligación. El acreedor no tiene necesidad de probarla porque la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, como se desprende de los artículos 1603 y 1604 del Código Civil. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945) 757, 2ª

PERJUICIOS

— 198 —

Es sabido que en tratándose de culpa extracontractual el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores ne-

cesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos. Acreditado el daño, resultaría excesiva la exigencia, además, de que éste sea posible científicamente, sobre todo cuando esta imposibilidad resulta de una afirmación presentada por el reo como un medio para eximirse de toda responsabilidad. Otra cosa sería si se tratase de un hecho físicamente imposible, pues entonces la prueba testimonial de que ocurrió sería inidónea y consiguientemente inadmisible en forma absoluta por el Juez de la causa. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 4 de 1945) 1135, 2ª

PERJUICIOS

— 199 —

La decisión en que se condena al pago de perjuicios **in genere** es firme y no puede entenderse revocada por la resolución posterior en la cual se declare que los perjuicios, por no haberse avaluado, no pueden ser expresados concretamente en una suma determinada de dinero. Es obvio que dentro del sistema legal colombiano corresponde a la persona que obtuvo una condenación **in genere** aportar los instrumentos idóneos para que la actuación incidental produzca los efectos queridos por el juzgador, o sea que la manifestación de voluntad de éste, expresada abstractamente por imposibilidad de hacerlo en otra forma, tenga debido cumplimiento y alcance las consecuencias reparatorias que se buscan. Mas si el interesado no hace uso de los medios legales para que el fallo se cumpla o descuida su obligación de aportar oportunamente los elementos hábiles para que la cuantía se concrete y determine, no puede pretender que de todas maneras se señale una cantidad cualquiera como equivalente de la prestación reconocida **in abstracto**, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del juez una determinación que por imperio de las normas procesales debe ser objeto de probanza. No otra cosa se desprende de las regulaciones contenidas en el Título XV del Código Judicial, y particularmente del artículo 553, en cuanto preceptúa que si es impugnada la liquidación que debe hacer la parte favorecida con una sentencia contentiva de un reconocimiento **in genere**, el incidente se abre a prueba. De acuerdo con los textos que rigen el cumplimiento de las resoluciones judiciales no hay, pues, duda alguna respecto a que la regulación no puede obtenerse sino a condición de que estén presentes en el proceso los medios probatorios necesarios para transformar en un guarismo determinado el contenido de la prestación demandada en el juicio. Por el contrario, la ausencia de tales elementos de convicción exonera al funcionario del deber de señalar su cuantía, sin que ello quiera decir desde luego que lo resuelto definitivamente en aquél haya sido suspendido o revocado. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, números 2025, 2026 y 2027-bis, noviembre 2 de 1945) 1153, 1ª

PERJUICIOS

— 200 —

La Corte ha visto en el artículo 2356 del Código Civil una presunción que opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una

causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad. La falta de diligencia o cuidado en el obrar, que es la culpa, en tratándose de cosas peligrosas adquiere mayor extensión y contenido. Es diferente la acción que ejerce el hombre sobre cosas inofensivas, y la que desarrolla sobre elementos virtualmente peligrosos. El cuidado en los segundos es mucho más exigente, presupone la plenitud de la atención porque el descuido o la falta de vigilancia insignificantes, o el detalle menos notorio, podrán producir la catástrofe. Ello coloca al autor del daño en circunstancias de que tenga que acreditar, para destruír la presunción de culpa, un motivo o causa satisfactoria y suficiente de exoneración que no deje duda de la previsión con que procedió. Y las únicas causas que en casos tales dejan satisfecha la conciencia del juzgador son acontecimientos constitutivos de hechos positivos de relievada gravedad, que por sí mismos están indicando la ausencia de toda culpa, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de agente extraño o de la propia víctima.

Desde hace tiempo viene diciendo la Corte que en la culpa civil no se tiene en cuenta la voluntad ni malicia en la ejecución del hecho, sino que basta con que se establezca plenamente que a otro se infirió daño para que proceda la acción de cobro de perjuicios. Y lo mismo ha dicho respecto de la responsabilidad de la administración por la realización de los servicios públicos, cuya base debe buscarse únicamente en la **existencia de perjuicios individuales.** La jurisprudencia de varios países considera hoy al Estado sujeto a reglas de responsabilidad análogas, en conjunto, a las que pesan sobre los particulares y las personas jurídicas de derecho privado. Va desapareciendo así la antigua teoría de que las entidades de derecho público eran irresponsables de los daños causados por sus representantes y agentes cualesquiera que fueran la calidad y el volumen de esos daños. Se modificó la teoría más reciente de que tales entidades solamente por excepción podían ser civilmente responsables.

Siempre que un derecho ha sido violado injustamente, la víctima ha de tener acción para restaurarlo, aunque la violación no haya causado otros perjuicios que el de sembrar molestias e inquietudes. La restauración comprende, desde luego, la completa satisfacción a la víctima por los dispendios, embarazos o gravámenes que la violación le haya producido. Los daños objetivados deben ser indemnizados. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, noviembre 6 de 1945) 1161, 2ª

PERJUICIOS

— 201 —

El artículo 39 de la ley 169 de 1896 establecía que la acción civil encaminada a obtener una indemnización podía intentarse "sin sujeción a la penal". Posteriormente, se expidió la ley 94 de 1938, que entró a regir el 1º de julio de ese mismo año, en virtud del artículo 724 de la misma. Esta nueva norma contiene el siguiente precepto, cuyos términos precisos fijan la orientación para enfocar las repercusiones de las cuestiones penales en las civiles: "La acción civil no podrá proponerse ante el Juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Según la referida disposición, la acción civil intentada o que pueda intentarse, en esas condiciones, queda extinguida.

Es un imperativo de orden público respetar semejante situación.

Un sobreseimiento definitivo, por ejemplo, puede basarse en que el hecho no se realizó o que carece de contenido culpable, lo que equivale a decir que la infracción, como tal, no existe. En estos casos la autoridad civil, sin producir una contradicción con la decisión penal, no podría considerar el hecho como infracción culposa, porque ello constituiría un conflicto entre dos resoluciones jurisdiccionales.

El pleito se inició con posterioridad a la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, y la tragedia, objeto de la demanda, ocurrió el 6 de octubre de 1939, por lo cual es indudable que el artículo 28, antes transcrito, es de irrevocable aplicación, habida consideración a que en el sobreseimiento definitivo se descartó la culpa del maquinista y se estimó que el accidente había sido la consecuencia de la negligencia de las personas que acompañaban a la niña. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, números 2025, 2026 y 2027-bis, noviembre 27 de 1945) 1182, 1ª

PERJUICIOS POR ACCIDENTE AEREO

— 202 —

Cuando se trata de una actividad peligrosa, como la a que alude el proceso, son aplicables las reglas sobre transporte del Código Civil y del Código de Comercio, que imponen al transportador la obligación de llevar sano y salvo a su destino al pasajero, o la del artículo 2356 del C. C. que también establece la presunción de culpa.

La Corte ha admitido la posibilidad de la prueba de perjuicios futuros que aparecen como eventuales y contingentes, siempre que la comprobación se configure sobre bases que autoricen a admitir la presunción como prueba. En varios fallos reconoció y declaró la Corte la existencia de perjuicios teniendo en cuenta el aumento que presumible y razonablemente se podía esperar en tales casos sobre los emolumentos que ganaba una persona cuando se produjo el accidente que causó el daño. Ni en esas sentencias, ni ahora, al aplicar el criterio allí expuesto, se ha pretendido ni se quiere generalizar un sistema para todas las hipótesis que haya daños futuros y contingentes. La materia es en sí muy delicada y por eso la Sala le pone especial cuidado en la exposición de su pensamiento acerca de ella. Considera la Corte tan inconveniente y desacertado, y por ende tan injurídico, así el extremo consistente en negar en todos los casos la prueba del daño de esta clase, como la de admitir sin un criterio de severidad y control las deducciones a que en casos particulares se llegue sobre comprobaciones de la naturaleza contemplada. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 26 de 1945). 577, 1ª

PERJUICIOS POR ACCIDENTE AEREO

— 203 —

La base primordial para la fijación de los perjuicios materiales sufridos por la víctima debe, en cada caso, aparecer en forma determinable; la calidad misma de esta clase de perjuicios hace, precisamente, que ellos puedan ser fácilmente deducibles. La disminución de la capacidad de trabajo, la falta de aptitud física y psíquica para continuar produciendo un beneficio económico, el rebajamiento mismo de la potencialidad productora, son factores susceptibles de demostración y que pueden traducirse en guarismos que reflejen la disminución patrimonial del individuo, presente y futura. Si en un juicio no se logra dar estas bases, la regulación debe hacerse mediante el procedimiento que expresamente concede para ello la ley. De lo contrario habría la posibilidad de incurrir en

un error de apreciación, perjudicial para uno de los actores y desproporcionado con los daños sufridos por el otro.

No sucede lo mismo con los perjuicios morales propiamente dichos; ellos no pueden ser objeto en ningún caso de una regulación matemática; el sentimiento humano, el dolor afectivo, son, por su propia índole, factores internos que escapan a toda apreciación pecuniaria. La ley, no obstante, ordena que ellos sean igualmente tasados en esta clase de litigios, mas no como una retribución del daño sufrido, sino más bien a manera de satisfacción por el mal causado. De lo contrario no se explicaría el límite que ella misma le ha impuesto al juzgador en la tasación del perjuicio moral, ya que por lo sutil y eminentemente interno que es, se prestaría a grandes abusos y a una explotación indebida.

La Corte, en numerosos fallos, ha optado por un criterio de divisibilidad en lo que se refiere al perjuicio moral. El primero al cual se refiere el aparte anterior, es el moral subjetivo, desvinculado por completo de toda apreciación pecuniaria. El segundo es el perjuicio moral objetivado, también de índole interna, pero con manifestaciones visibles que pueden repercutir en la capacidad productiva del individuo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, julio 26 de 1945). 1068, 1ª

PERJUICIOS POR ACCIDENTE AEREO

— 204 —

La fuerza aérea nacional, que forma parte del servicio público de defensa nacional, por las peculiaridades propias de la actividad que desarrolla la aviación, ha sido objeto de especial reglamentación por parte del legislador. De aquí que al estudiar un hecho relacionado con dicha entidad haya que hacerlo al revés de las normas que forman el estatuto legal propio de ella, puesto que si bien hay instituciones jurídicas que son comunes a la mayor parte de los reglamentos de trabajo, sea que ellos rijan actividades oficiales o particulares, las disposiciones por las cuales se consagran dentro de un determinado estatuto esas instituciones hacen que las características de éstas estén acordes en cada caso con las modalidades propias de la actividad que se tiene en cuenta al dictarlas. Así, en el presente caso es a la luz del estatuto de la aviación nacional como ha de verse si el hecho enunciado puede catalogarse como un accidente de trabajo, para los efectos de la acción intentada. Según el artículo 3º de la ley 196 de 1936 no podrá catalogarse como accidente de trabajo el que produce la muerte de un individuo que no está trabajando cuando el hecho ocurre, que por motivo de un permiso, unas vacaciones, una franquicia que lo releva del riesgo propio de su profesión, se encuentre en la situación de un tercero ajeno a la empresa y, por lo tanto, a las normas aplicables al caso de que se hallara expuesto por razón de sus funciones a las consecuencuas del servicio.

La jurisprudencia ha distinguido, en casos como el del proceso, dos situaciones que condicionan en diferente forma cada una la manera como están obligadas las partes en tratándose de la prueba de la culpa. Una es la actividad que ocasionó el daño, quien tan sólo ha soportado pasivamente el advenimiento del hecho dañoso y que por la razón de ser ajena al desarrollo de tal actividad no está obligada a conocerla en sus causas y consecuencias, los efectos que pueda producir un descuido por parte de quienes son responsables de ella, ignora la manera como actúan los organismos productores de una fuerza peligrosa y, por lo mismo, es de justicia que no se obligue a esa víctima pasiva a probar cuáles fueron las precisas causas del daño que

alega. La otra es la situación de quien sufre un daño en momentos en que desarrolla una actividad profesional de índole peligrosa, pero que él conoce y cuyo riesgo le es familiar por razón de las funciones que desempeña, por la práctica que tenga ejercitando esas funciones, todo lo cual lo coloca como presunto conocedor del peligro, en posición de prever el hecho y contribuír, en cumplimiento de sus deberes profesionales, a evitar la realización de la catástrofe, o también de sufrir, como parte integrante del personal responsable de dicha actividad, las consecuencias del riesgo profesional inherente a la actividad productora del accidente, en circunstancias que lo presentan ante el juzgador, no ya como víctima pasiva de la fuerza peligrosa, sino como naturalmente destinado según su oficio a conocerla, preverla y afrontarla, puesto que voluntariamente ha aceptado el riesgo que implica. En el primer caso, se opera una inversión de la carga de la prueba; el reclamante, como tercero que es, extraño a la fuerza que le causó el perjuicio, no está obligado a demostrar la culpa de la empresa en el accidente, en el hecho imprevisible para quien desconociendo real o presuntamente el funcionamiento del agente dañoso y las proporciones y manera de conducirse la fuerza peligrosa que causó el suceso, mal podría explicar técnica y suficientemente todas y cada una de las causas en virtud de las cuales se operó aquél; para esos casos se ha admitido en la doctrina y en la jurisprudencia la teoría de los **hechos culposos en sí mismos**, con la prueba de cuya existencia se vierte sobre el responsable de ellos la carga de aducir medios extraordinarios de justificación de tales hechos, que no pueden ser otros que el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima en la consumación del daño que se alega. Sobre este punto y otros puede consultarse la sentencia de la Corte de fecha 8 de noviembre de 1944, en el juicio seguido por Florencia Córdoba v. de Abadía contra la Nación. En el caso del proceso se concluye que obra en favor de los demandados y en contra del Estado colombiano, la presunción de culpa que entraña un hecho dañoso del cual ha sido víctima un tercero ajeno a las causas mismas de él, por estar en el momento del suceso separado de sus funciones propias del riesgo profesional propio de la actividad en que pereció y a la cual estaba adscrito.

El criterio adoptado por la jurisprudencia cuando de la consideración del daño moral se ocupa ha sido atribuírle a las sumas que se decretan en atención a él un significado de "satisfacción, o de afirmación de parte de la justicia del derecho vulnerado", significado dentro del cual la cuantía ha de desempeñar un papel secundario, porque siendo indudable que ese dolor moral no puede ser materia de un avalúo preciso, matemático, tampoco puede ser comprendido dentro de una cantidad que lo compense o lo repare en la medida exacta de sus proporciones, como cuando se trata del daño material. El juzgador se ha de limitar entonces a reconocer su existencia, quedando a su criterio la fijación del monto que ha de expresar simbólicamente la satisfacción de una obligación a cargo de quien causa el daño, aunque no del daño mismo, por lo ya expuesto.

El imperio de las normas de procedimiento es de orden público. En su observancia reposa la garantía de los derechos que tienen los litigantes a lo largo del proceso, de manera que si el juzgador deja de lado, en favor de alguna de las partes, la aplicación de los principios que consagran las normas procedimentales incurre en violación de los derechos amparados por esas normas y, por consiguiente, falta a sus deberes de rectitud e imparcialidad. El artículo 597 del C. J. encierra el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se pre-

senten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica. Los medios de defensa que lleven las partes al proceso deben reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes señalan. Vencido el período de prueba que para el juicio ordinario de mayor cuantía otorga el artículo 758 del C. J., durante la segunda instancia, precluye, o lo que es lo mismo, se cierra la posibilidad de pedir las pruebas, en cuanto hace a los litigantes y en relación con el Juez, la de decretar la práctica de ellas. Las que se aduzcan sin pasar por estos trámites son inadmisibles por ser legalmente ineficaces para obrar en el juicio. (Artículo 596, C. J.). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, julio 26 de 1945). ..... 1074, 1ª y s. s.

PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD POR CULPA AQUILIANA

— 205 —

El artículo 636 del C. J. prescribe la manera como debe allegarse a los autos el certificado emanado del Ministerio de Obras Públicas y que sirvió de base al Tribunal para hacer emerger la culpa. El certificado en cuestión fue presentado original y en forma directa, durante el término probatorio. Fue objeto de una providencia que lo estimó como prueba, en cuanto hubiera lugar en derecho, y que sufrió su ejecutoria sin ninguna reclamación contra la parte que lo adujo. En semejantes circunstancias no sería justo desestimar en absoluto el documento, que fue desglosado de la reclamación presentada ante el Ministerio referente a la indemnización por el accidente automoviliario. ¿Se trata de una prueba trasladada? Es claro que la prueba trasladada ha sido aceptada por los tratadistas y la jurisprudencia, pero tal fenómeno procesal se verifica aduciendo la copia auténtica respectiva, y en el caso ocurrente la prueba se presentó directamente. Así las cosas, no es posible determinar si en el proceso administrativo se practicó con las formalidades legales indispensables para que pudiera trasladarse. ¿Qué valor tiene, entonces, este documento? En reciente sentencia, la Sala de Negocios Generales consideró que un documento de esta clase, dada la circunstancia de aparecer en el proceso en virtud de auto no reclamado de admisión, aunque se estimase deficiente, podía dar base a una convicción del juzgador, con tal que fuese complementada con otras pruebas, de conformidad con los artículos 594 y 647 del C. J.

Eliminar la presunción de culpa en colisiones de esta clase, sería algo que podría discutirse cuando los perjudicados son los dueños o los conductores de los vehículos colididos, pero no lo sería el peatón o el pasajero de uno de los automotores. En esas condiciones, tratándose de actividades que conllevan riesgo, sólo sería desvirtuable de la manera expresada por la ley o acreditándose que el conductor de un automóvil no estaba, en el momento de producirse el accidente, bajo la dependencia del respectivo patrón.

De otro lado, cuando hay participación de varios en un hecho perjudicante, existe una solidaridad, en virtud de la cual, por ministerio del artículo 2344 del C. C., se puede perseguir a uno solo de los participantes para que se indemnice la totalidad del daño.

¿Puede surgir la concurrencia de dos acciones, una aquiliana y otra emergente de contrato, en un mismo hecho? Para la Sala estas dos acciones no se excluyen, de forma que el Dr. Jiménez podía, como lo hizo, dirigir su reclamo indemnizatorio contra el responsable del cuasidelito. Le está vedado acumularlas, pues así se llegaría a una injusta e infundada dualidad en la reparación del perjuicio. Pueden ejercitarse independientemente, pues es dable imaginar que el daño fue producido no por la acción de uno de los con-

ductores, sino por el concurso de ambos; desde este punto de vista, puede pensarse que es la culpa aquiliana la que con más claridad se refleja. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 22 de 1945). 1101, 1ª

POSESION

— 206 —

Dos reglas legales consagran los artículos 2521 y 778 del Código Civil: es la primera la de que la posesión de una cosa principia para toda persona desde el instante en que ésta comienza a ejecutar o cumplir los hechos que la constituyan, y la otra consagra la facultad que a tal persona se otorga para poder agregar al tiempo de su posesión el de su antecesor cuando la cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas; pero para usar de esta facultad es de rigor que quien la ejercita suceda a su antecesor en esa posesión a título universal o singular, es decir, por herencia, venta, permuta, etc., y que además justifique la existencia de un título de las ya expresadas calidades, pues de lo contrario los períodos de tiempo de posesión del sucesor y del antecesor quedarían desvinculados entre sí, por carecer de razón o causa determinantes del derecho de añadirlos o sumarlos entre sí. Estas tesis legales las ha proclamado como jurídicas la Corte en un caso análogo al de autos. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, septiembre 17 de 1945). 844, 1ª

POSESION

— 207 —

Si bien es verdad que un ocupante sin ánimo de dueño y señor, es decir, no poseedor, puede dar en arrendamiento una cosa, la calidad de arrendador por largo tiempo y declarada por un arrendatario que siempre ha tenido como dueño a tal arrendador, es un acto innegable de posesión, porque es un hecho jurídico tan valioso por lo menos como los hechos meramente materiales. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 11 de 1945). 714, 2ª

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

— 208 —

Para que el Juez pueda hacer la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva es obvio que quien aspira a ella tiene que presentarle las pruebas de que ha poseído realmente el inmueble por el tiempo requerido para la prescripción y por medio de los hechos positivos que dan derecho al dominio, según el Código Civil. Así lo exige el artículo 5º de la ley 120 de 1928. Y es claro que está obligado a presentar esas pruebas porque como en esta clase de juicios puede, el que promueve la acción, escoger, en cierto modo, a su arbitrio el demandado, si no se le exigieran aquellas pruebas cualquiera podría valerse de este procedimiento para obtener, en connivencia con el demandado, la declaración de pertenencia de determinado inmueble, aun sin ser poseedor de él. Por otra parte: es cierto que el artículo 11 de la ley da al opositor en esta clase de juicios la calidad de demandante si no está en posesión de la finca, y como demandante tiene que probar su derecho. Pero si ninguna prueba aduce, ello no es suficiente para declarar la pertenencia por prescripción en favor de quien promovió el juicio, porque el promotor de la acción también debe probar, por su parte, la posesión por el tiempo y con las condiciones requeridas para adquirir por prescripción. Hay una a manera de juicio doble cuando se presenta como opositor, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los hechos que le incumben no exime a la otra

parte de la carga de la prueba en lo que le corresponda. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 11 de 1945). 712, 1ª

PRESCRIPCION EXTINTIVA

— 209 —

La prescripción extintiva de las acciones por sí sola no es una acción. Constituye un medio de defensa o más bien una excepción tendiente a paralizar la acción del acreedor contra el deudor, así sea éste principal o subsidiario. En este medio defensivo no hay subrogación, porque la subrogación se refiere a derechos positivos del acreedor. La prescripción extintiva de las acciones ejecutiva y ordinaria no es un derecho del acreedor. Como facultad de que está investido el deudor principal o subsidiario de la obligación, se traduce en poder que dimana de ellos y que sólo a ellos corresponde ejercitar. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 17 de 1945). 724, 2ª

PRESTACIONES MUTUAS

— 210 —

Si la declaración de nulidad, conforme al artículo 1746 del Código Civil, tiene la consecuencia de que las partes sean restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, es claro que para que tenga operancia y efecto esa consecuencia, en tratándose de un contrato de compraventa de bienes raíces, es preciso decretar que al vendedor se le restituya el inmueble vendido y al comprador el precio que pagó por él, pues sólo disponiéndolo así quedan las partes en el mismo estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. Además, tales restituciones constituyen las prestaciones mutuas que con arreglo al artículo 1746 se deben las partes una vez declarada la nulidad del contrato, y como tales son objeto **ipso facto** del juicio, que no necesitan ser demandadas expresamente. Esa ha sido la jurisprudencia reiterada y constante de la Corte al respecto.

Como hubiese pedido el contrademandante que se declarase en su favor el derecho de retención del inmueble cuya reivindicación se demandaba mientras se le pagaba el precio que pagó por él, el Tribunal sentenciador, con aplicación del inciso 2º del artículo 2417 del Código Civil consideró que el derecho de retención está consagrado en la ley de manera excepcional y que no estando el caso a que se refiere la súplica cuarta de la demanda entre los que las leyes designan, la aspiración del recurrente no podía prosperar. Aceptando que el recurrente haya querido referirse al artículo 2417, a la Corte le resulta jurídica la tesis sostenida por el sentenciador, pues aun cuando es evidente que esa disposición forma parte del Título XXXVI del Código Civil que regula el contrato de prenda no es menos cierto que el segundo inciso de dicho texto legal tiene tal extensión y amplitud que puede considerarse como un principio general de derecho de aplicación rigurosa en todos los casos, excepto en aquellos que estén expresamente previstos en la ley. Si ello es así, es decir, si no se puede retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos expresamente designados en las leyes, las prestaciones señaladas por el recurrente no están comprendidas en el artículo 970 del Código Civil, ni con fundamento en este artículo reconocérselas. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 16 de 1945). 784, 2ª

PRESTACIONES MUTUAS

— 211 —

Las prestaciones mutuas en la reivindicación y las restituciones recíprocas en la nulidad son complemento obligado de la ac-

ción misma y, así las cosas, perteneciendo como pertenecen de suyo a lo demandado, que las produce o lleva consigo, no requieren petición expresa o especial para que la sentencia, cuando decreta la acción, decida sobre esas que son sus consecuencias. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 18 de 1945). 906, 1ª

PRESUPUESTOS PROCESALES

— 212 —

Admisible es la demanda propuesta y proseguida de la manera prescrita por el derecho procesal independientemente del derecho de acción; **fundada,** es la demanda cuando quien la propone tiene acción (en sentido concreto), independientemente de la regularidad del procedimiento en que tal demanda es propuesta y proseguida. El fundamento se refiere a la existencia de los requisitos constitutivos de la acción; la admisibilidad a la regularidad del procedimiento en el que la acción se ha propuesto y hecho valer. Puede ocurrir en el estudio de los procesos que la demanda, aun siendo **fundada,** no pueda ser admitida a examen por el Juez, porque las actividades del proceso no se hayan desarrollado en conformidad con el derecho procesal. El Juez, antes de proceder al estudio de fondo de la demanda, debe examinar si ha sido propuesta y proseguida siguiendo las prescripciones del derecho procesal. Antes de decidir sobre el mérito de la demanda, deben examinarse las cuestiones de procedimiento o de rito.

De esta distinción entre cuestiones de mérito o de fondo, y cuestiones de rito o procedimiento, se desprende un concepto que aun cuando no está expresamente consagrado en la legislación, es hoy ampliamente utilizado por la jurisprudencia y los tratadistas, en conexión sistemática con el procedimiento judicial y es el llamado de los "presupuestos procesales". Los presupuestos procesales son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del Juez de proveer sobre el mérito. Así mientras los requisitos de la acción se refieren a la relación sustancial que preexista al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda.

Los presupuestos procesales están íntegrados por tres elementos, a saber: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad procesal o para comparecer en juicio; y c) La legitimación en causa. La capacidad para ser parte se refiere a la condición que debe llenar el litigante para poder ser sujeto de un proceso. Esa condición se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas del derecho material: civil, mercantil, público. Estas condiciones las tienen también ciertos entes jurídicos o creaciones de la ley, que no son personas jurídicas, pero sí morales: la sucesión, la comunidad, la quiebra. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024 julio 26 de 1945)..... 390, 2ª

— 213 —

PREVARICATO

Para que haya prevaricato en los funcionarios o empleados públicos se necesita no solamente que en esa calidad procedan en contra de los preceptos legales, sino que así actúen a sabiendas y por simpatía hacia unos interesados, o animadversión hacia otros (artículos 168 y 169 del C. P.). La ley requiere, pues, como elementos de este delito, el dolo específico y el móvil de los sentimientos, simpatía o enemistad con las partes o litigantes. Y cuando la ley exige que un he-

cho para ser delito se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia debe aparecer plenamente comprobada (artículo 273 C. de P. P). Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 22 de 1945). 998, 2ª

— 214 —

PRIMA MOVIL

La prima móvil es una asignación adicional y transitoria que no hace parte del sueldo señalado por las leyes. Para la Sala es más acorde con los decretos y la ley que la crearon para los empleados judiciales, la consideración de que en la intención de estas disposiciones la prima no era un aumento de sueldo, sino una asignación móvil y transitoria. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, septiembre 29 de 1945). 1130, 1ª

PROMESA DE VENTA

— 215 —

Las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues unas y otras son completamente distintas. La promesa da acción para obtener que se cumpla de acuerdo con lo convenido, y se paguen los perjuicios que se prueben por el simple retardo; y de la promesa incumplida nace también el derecho a que la parte responsable indemnice los perjuicios emanados del incumplimiento (Artículo 1610, C. C.). El contrato celebrado produce acción por las obligaciones contraídas, propias del contrato, de suerte que si es de venta, el vendedor que ha pagado el precio tiene la acción de entrega de la cosa, y el comprador que ha hecho la tradición de lo vendido tiene acción para el pago del precio, y uno y otro la acción resolutoria del contrato con la consiguiente indemnización de perjuicios, si es que en la alternativa entre el cumplimiento y la resolución se deciden por ésta. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 13 de 1945). 152, 2ª

PRUEBA DE INDICIOS

— 216 —

No es jurídico, al hacer el estudio de la prueba circunstancial o indiciaria, considerar aisladamente cada uno de los elementos que han servido al juzgador para adquirir la certeza del hecho que ha tenido por demostrado, sino que todos sus elementos han de examinarse con la debida coordinación y análisis, tendiente a buscar si del conjunto puede resultar la convicción.

En nuestro sistema probatorio las pruebas circunstanciales son admitidas en casos en que la ley no exige determinada prueba escrita. La prueba de indicios ha de ser suficiente para producir en el ánimo del juez la plena convicción. Se basa en una operación mental, en un juicio del hombre, en tanto que la prueba instrumental, la pericial, se fundan en un hecho externo independiente de todo raciocinio. En la prueba indicial el fundamento de la convicción está en el raciocinio.

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios los confía la ley a la conciencia del juez, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de sana crítica en materia de probanzas. Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria no puede la Corte hallar error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne con la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J.

Ya ha dicho la Corte que "el Juez no puede, cuando se trata de un hecho negativo, exigir una prueba tan rigurosa como cuando se trata de un hecho positivo y que, en general, la prueba que se le exige al demandante no es una prueba total, completa de todos los hechos constitutivos o generadores de su derecho y que la repartición de la carga de la prueba depende menos de las calidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones, porque es el que avanza como demandante o demandado una proposición contraria a la apariencia, el que debe establecerla". (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, septiembre 29 de 1945). 858, 2ª

PRUEBA PARA ACREDITAR LAS CONDENACIONES ANTERIORES (ARTICULO 37 DEL C. P., NUMERAL 2º)

— 217 —

El numeral 2º del artículo 37 del Código Penal, al hablar de condenaciones anteriores, judiciales o de policía, hace referencia directa a los fallos pronunciados por las autoridades competentes mediante el cumplimiento de las formalidades inherentes al juicio. Las determinaciones consignadas en el respectivo fallo o sentencia no se pueden probar con la confesión oral que en su indagatoria haga el procesado. La ley, en estos casos, no atribuye a la confesión el mérito de prueba plena o completa para establecer una condenación judicial. La prueba pertinente o principal que sirve para acreditar las condenaciones anteriores, son las copias de las sentencias ejecutoriadas, expedidas por funcionarios competentes y con las formalidades legales. (Casación. LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, julio 25 de 1945). 960, 1ª

— Q —

QUIEBRA

— 218 —

En armonía con el artículo 18 del Decreto-Ley Nº 750 de 1940, sobre quiebras, queda fuera de toda duda que al Juez Civil le corresponde también el conocimiento penal o delictuoso que la quiebra pueda presentar. (Artículos 419 y 420 del C. Penal). (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 28 de 1945). 255, 1ª

— R —

RECURSO DE CASACION

— 219 —

Si bien es cierto que el fin propio del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la exposición doctrinaria, no por eso es académica la función de la Sala de Casación Civil en el sentido de que tenga libertad para ocuparse de todos los temas que se le propongan, aun de los que carezcan de influencia sobre la parte dispositiva de los fallos. El recurso está limitado por su fin secundario de reparar el agravio que se haya cometido contra una de las partes con una interpretación equivocada de la ley. De ahí que sea de casación, es decir, de anulación de lo resuelto por el Tribunal. Por tal motivo sólo tiene el derecho de interponerlo la parte desmejorada con la sentencia, que es a la que acompaña el interés debido. No a la parte a la que no afecta el fallo, que carece de interés jurídico en obtener la anulación de un derecho que la favorece. Por eso ha reiterado la Corte la doctrina de que el recurso de casación está vinculado a la parte resolutiva de las sentencias, y en manera alguna a la motiva, pues la función doctrinaria de la Corte se ejerce sobre

la base de violación de la ley que haya conducido al Tribunal a resolver el pleito en pro o en contra de la demanda. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 10 de 1945). 707, 2ª

RECURSO DE CASACION

— 220 —

No toda irregularidad procedimental puede presentarse a la Corte en el recurso de casación, pues esta Sala no es un Tribunal ante el cual haya de revisarse en una como tercera instancia lo actuado para la prosecución de cada juicio en juzgado y tribunal, ni es instancia aquel recurso. Cuando aquellas llegan a producir nulidades, caben ya así las cosas y dentro de este preciso grupo, presentarlas en casación, para lo cual el C. J. en el numeral 6° de su artículo 520 establece el correspondiente motivo no sin circunscribirse al artículo 448 de esa obra, según el cual causan nulidad la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería y la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido llamarse al juicio. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 19 de 1945). 154, 2ª

RECURSO DE CASACION

— 221 —

Las disposiciones de los artículos 959 a 967 del C. J. son adjetivas y su violación no da base para el recurso de casación. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 19 de 1945). 157, 1ª

RECURSO DE CASACION

— 222 —

Al extender la ley el recurso de casación a las sentencias indicadas en el numeral 2º del artículo 519 del C. J., claramente se refiere, y no podría ser de otro modo, a problemas relacionados con la partición en sí misma. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 19 de 1945). 157, 2ª

RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 223 —

La Sala insiste en considerar que por un motivo de equidad y con el objeto de no reducir hasta un grado de penosa severidad la defensa de los procesados, sí deben estudiarse las demandas signadas por ellos cuando son presentadas para sustentar recursos que les fueron concedidos, antes de la reforma constitucional, con la plenitud de los requisitos legales y constitucionales. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 16 de 1945). 993, 2ª

RECURSO DE REVISION EN MATERIA PENAL

— 224 —

Es bien sabido, y así lo ha expresado en repetidas ocasiones la Sala de Casación Penal de la Corte, que el recurso de revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley, pues no se trata con ese recurso extraordinario de reponer un fallo sino el proceso mismo. O, lo que es igual, que el recurso de revisión no tiende ni puede tender a corregir el error del Juez o del Tribunal sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, ya que él no es una tercera instancia sino que se inspira en una legal certidumbre de que el reo debió ser absuelto por cualquiera de las razones que contempla el art. 571 de la Ley 94 de 1938, razones que se compendian o en que el hecho criminoso no existió, o en que habiendo existido resulta al fin inocente el condenado, o irresponsable, o en que la condenación obedeció a pruebas secretas

extrañas al proceso, o que provino de la imposibilidad del caso primero de aquel artículo. En el caso del proceso, lo que la Corte no puede permitir, so peligro de desnaturalizar el recurso de revisión, es ordenar que se haga un nuevo proceso, invalidando el ya terminado, es decir, que se vuelva a juzgar a quien no ha demostrado ser inocente, para que se disminuya una pena impuesta en un juicio válido, por indebido que parezca el exceso señalado. Es cierto que el fin del recurso de revisión es el de corregir un error judicial. Pero no toda clase de errores; porque para ello la ley ha establecido medios adecuados. La inequidad de un fallo que se base en no haberse condenado a un inocente sino en habérsele sancionado con rigor, conmueve y excita a que se repare la falta. Pero si ello no es posible, porque no se supo por el interesado acudir a la medida legal indicada y establecida para el caso, no sería de ninguna manera aconsejable violar esa ley, ampliándole sus términos, reformándola y desconociéndole sus propósitos, so pretexto de enmendar una posible y no combrobada violación de otra. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 16 de 1945). 193, 1ª

RECURSO DE REVISION EN MATERIA PENAL

— 225 —

El recurso de revisión no es procedente cuando se interpone contra resoluciones dictadas por los Jueces de Policía, las cuales no tienen el carácter de sentencias definitivas. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 23 de 1945). 243, 2ª

RECUSACION

— 226 —

La enemistad, como la amistad —conceptos relativos— llevan en sí la idea de la reciprocidad. Son sentimientos que plantean una situación entre dos o más personas: cariño o aversión. Así como no puede haber amistad sin correspondencia, es decir, de un solo individuo hacia otro que ignora el afecto que despierta o produce, tampoco es posible la enemistad unilateral. En uno y otro caso el fenómeno es diferente: estimación de una persona hacia otra, que permanece, por ejemplo, insensible ante una demostración de aprecio; y total indiferencia, en cuanto al odio o a la mala voluntad de alguien en el otro supuesto, o sea, en el del enemigo. No hay, por lo tanto, esa relación indispensable para crear o establecer el vínculo mutuo que la ley exige en los casos de impedimentos por la causal anotada. Pero es claro que si quien ama o aborrece, en la forma callada que se ha descrito, es el funcionario que tiene que ventilar un asunto en que es parte el sujeto pasivo de estas expresiones del sentimiento, su deber moral y legal le impone manifestar ese estado espiritual y abstenerse, en consecuencia, de actuar en el litigio o proceso.

Tampoco es cualquiera amistad o enemistad la que sirve para los efectos que se están analizando. Aquella debe ser **íntima**, y ésta debe ser **grave**. Así, no basta el simple conocimiento y trato social, por cordialidad que haya en él; y de la misma manera es inaceptable la invocación de un resquemor o desacuerdo de momento, o de una disputa sin consecuencias y ya canceladas en el recuerdo. Porque enemistad grave es algo más que la mera antipatía y aún que la misma repulsión. Es el deseo incontenible y vivo de que el ser odiado sufra daño considerable o el querer permanente de causárselo. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 16 de 1945). 183, 1ª

REGISTRO DE LA SENTENCIA

— 227 —

El registro es formalidad extrínseca y no es de él de donde se deriva el imperio de la

sentencia, la que de suyo tiene toda su fuerza sobre las partes. Tal ha sido la doctrina constante de la Corte. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 27 de 1945). 437, 1ª

REGISTRO DE LOS CONDUCTORES DE TRENES

— 228 —

Conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 76 de 1920 el registro que lleva el conductor de un tren y, por consiguiente, el informe que dé tal empleado basado en los datos de ese registro, tiene el valor de plena prueba especialmente si el informe hubo de ser ratificado bajo juramento. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 25 de 1945). 288, 2ª

REIVINDICACION

— 229 —

En tratándose de reivindicación de bienes raíces, la acción la tiene el verdadero propietario de la finca que se trata de reivindicar.

La acción de dominio, según la propia definición que da la ley a esta acción, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que la cosa que se trata de reivindicar debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones ni a violaciones de derecho ajeno. El título en que apoye su derecho el reivindicador debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

En esta clase de juicios, como lo tiene establecido la Corte en constante jurisprudencia, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque el "carácter de dueño exigido por el artículo 946 del C. C. y la noción de propiedad, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas".

No basta solamente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título, sino que hay que poner en relación el título con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y, consiguientemente, la determinación e identidad del predio. Es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble presentar al juzgador, no sólo el instrumento escriturario, debidamente inscrito, que lo acredite como dueño, sino la prueba plena, inequívoca, acerca de la identidad del bien que reclama como propio. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 23 de 1945). 113, 2ª

REIVINDICACION

— 230 —

Por perfecta que una titulación sea, de nada vale en juicios de reivindicación si quien la presenta como actor no demuestra que ella cobija, o que dentro de ella se halla, aquello que señala como poseído por otro. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 8 de 1945). 148, 1ª

REIVINDICACION

— 231 —

Es doctrina constante de la Corte la de que la acción reivindicatoria requiere, como uno de sus elementos esenciales, que el demandado sea poseedor, al punto de que, aunque obren los otros elementos necesarios para constituír ese presupuesto procesal, la acción no prospera si aquél falta; en otros términos: de nada vale al demandante encaminar su demanda a una cosa singular o a una cuota determinada proindiviso de una cosa singular y demostrar que es dueño de ella, si resulta que ha demandado a quien no la posee, es decir, a quien por no ser poseedor, carece de la personería sustantiva indispensa-

ble para ser la parte demandada. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 27 de 1945). 733, 1ª

REIVINDICACION

— 232 —

El presupuesto procesal de la acción reivindicatoria exige este elemento como indispensable: cosa singular o cuota determinada proindiviso de cosa singular, e identificación de ella con lo poseído por el demandado. (C. C., artículos 946 y 949). (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 23 de 1945). 801, 2ª

REIVINDICACION

— 233 —

Al decir el Tribunal sentenciador que "un título o un documento son susceptibles de acción reivindicatoria, como lo es un semoviente o un inmueble", se equivoca a todas luces, pues de conformidad con lo dispuesto por los artículos 947 y 948 del Código Civil, la acción reivindicatoria sólo procede en relación con cosas corporales, raíces y muebles y con respecto a los derechos reales, con excepción del derecho de herencia que sólo produce la acción de petición de herencia. De consiguiente, y como así lo ha resuelto la Corte en reiterada jurisprudencia, la acción de dominio no tiene cabida con respecto a los derechos personales o créditos, los cuales sólo pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas y cuya naturaleza no da nacimiento a relaciones jurídicas sino de persona a persona. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 8 de 1945). 867, 2ª

REIVINDICACION DE BIENES RAICES SOCIALES ENAJENADOS POR EL MARIDO SIN CONCURRENCIA DE LA MUJER

— 234 —

Es doctrina constante de la Corte la de que la enajenación que uno cualquiera de los cónyuges haga por sí solo después de la vigencia de la ley 28 de 1932, de bienes pertenecientes a su sociedad conyugal ilíquida, es atacable no por inválida o nula, sino porque siendo una venta de cosa ajena vale sin perjuicio de su verdadero dueño que puede demandarla en acción directa de reivindicación, no subordinada a ninguna nulidad.

Ya había sostenido la Corte como necesaria para la validez del acto jurídico la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º. De esto se desprende que la mujer como socia y, por lo tanto, partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad e inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver. (1). (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 27 de 1495). 395, 1ª

---

(1) La Corte abrogó esta doctrina en varias decisiones de Casación, en virtud de lo preceptuado por la ley 68 de 1946. (El Relator de la Corte).

RESOLUCION DEL CONTRATO

— 235 —

Relacionando entre sí los artículos 1546 y 1609 del C. C., en un contrato bilateral la parte que se halla en mora de cumplir lo de su cargo tiene sobre sí la opción de la otra parte para insistir en el contrato o desistir, esto es, para exigir su cumplimiento o demandar su resolución. En especial, estas acciones las consagra ese código para la compraventa en sus artículos 1930 y 1882, aplicables a la permuta, según el 1958. Considerando que la acción resolutoria corresponde al incumplimiento, pudiera a primera vista pensarse rígidamente que, cualquiera que sea la senda o motivo por donde a éste se ha llegado, lo demandado y decidido, en su caso, es la resolución y que, por tanto, no es aceptable nueva demanda resolutoria por motivo diferente. Pero esta rigidez de concepto conduciría a la grave injusticia, o podría conducir, de que se tuviese por juzgado lo que no se ha discutido. De ahí la exigencia de identidad de **ratio petendi** para que se produzca la cosa juzgada. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 27 de 1945). 438, 1ª

RESOLUCION DE CONTRATO

— 236 —

La disposición del artículo 1934 del Código Civil debe entenderse en el sentido de que la declaración contenida en la escritura pública sobre el hecho de haberse pagado el precio de la venta, es susceptible de prueba en contrario en el juicio trabado entre las partes que celebraron el contrato, en armonía con lo que dispone el artículo 1759 del mismo código. Solamente cuando se acciona contra terceros opera la necesidad legal de probar la nulidad o falsificación del título escriturario. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 11 de 1945). 718, 2ª

RESOLUCION DEL CONTRATO DE VENTA

— 237 —

Mal puede llegarse a la conclusión de la resolución de un contrato de compraventa fundándose el sentenciador en que resulta demostrada la simulación del mismo. Notorio error, porque la resolución de un contrato supone su plena existencia y validez, en tanto que la simulación total implica lo contrario. Si el vendedor afirma que el contrato fue simulado, mal puede sostener al propio tiempo que el comprador está en mora de pagar el precio —un precio en realidad inexistente— ni acogerse a la opción establecida por el artículo 1930 del Código Civil de exigir el precio o la resolución del contrato con resarcimiento de perjuicios. En el caso de autos el demandante incurrió en el error de confundir precio no existente —que daría lugar a la acción de simulación— con precio existente pero no pagado, que es el caso que da lugar a la acción de resolución del contrato, error en el cual hizo caer al Tribunal. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945). 742, 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

— 238 —

Es bien sabido que en casos como el del proceso, para poder fallar en orden a la responsabilidad civil extracontractual, es necesario establecer los tres elementos generadores de ésta: es decir, la culpa, el perjuicio deducido de ella y la relación de causalidad entre los dos. El primero de los elementos enunciados incumbe probarlo a la parte actora, siempre y cuando no se trate de actividades peligrosas, en las cuales la culpa se presume en la parte demandada, la que sólo se liberta de la presunción si demuestra

fuerza mayor, caso fortuito o una intervención de agente extraño, que puede ser la propia víctima del accidente.

En el caso del proceso estima la Corte que la presunción de que habla el artículo 2356 del Código Civil no determina la responsabilidad, porque existe una verdadera compensación de peligrosidad en la actividad desarrollada por las dos embarcaciones que chocaron. No se está en presencia de una actividad peligrosa desarrollada únicamente por la lancha de la Nación, sino que la ejercida por el bote "Caquetá" lo es igualmente, con los mismos caracteres. De manera que siendo igualmente peligrosas las actividades de las dos embarcaciones, la presunción de culpabilidad de que habla el artículo 2356 del Código Civil no rige exclusivamente para la parte demandada, sino que se presume en ambas partes la culpa. Hay una presunción de culpabilidad solidaria en ellas. Y siendo ambas solidarias, el demandante puede dirigir su acción contra cualquiera de ellas, quedando siempre favorecido con la presunción en contra del demandado, en este caso en contra de la Nación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, julio 16 de 1945). 1062, 1ª

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CULPA DE SUS AGENTES Y EMPLEADOS

— 239 —

Es responsable el Estado por los perjuicios que causa el agente de policía que, estando en ejercicio de sus funciones oficiales, conduce, sin licencia de la autoridad, el automóvil de un particular. Tal responsabilidad la ha deducido la Corte, en casos similares al de autos, de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. En el caso del proceso, el accidente tuvo como causa, aunque indirecta y ocasional, la embriaguez culpable del chofer del demandante, ya que si ese chofer no se hubiese embriagado, teniendo el vehículo en su poder, tampoco habría podido presentarse el caso de la actitud culposa del agente de policía. Es necesario reconocer entonces igual culpabilidad de parte del empleador del chofer. (Sentencia, LIX, Sala de Negocios Generales, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 11 de 1945). 261, 2ª

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL

— 240 —

La Corte, en numerosas sentencias, pero sobre todo en la de 12 de mayo de 1939, ha sentado la doctrina de que la responsabilidad por culpa extracontractual, a la que se refiere el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, puede dividirse en tres grupos: el primero constituído por los artículos 2341 a 2345, que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal y que se denomina responsabilidad directa: el segundo, formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, que regulan la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra; y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354 y 2355 que se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas. El primer grupo enfoca la responsabilidad directa y los dos últimos la indirecta.

También ha establecido invariablemente la Corte que la responsabilidad directa, que corresponde a una persona natural o jurídica por el hecho dañoso que ejecuta y que le es imputable civilmente, comprende: a) al individuo que personalmente ejecuta el hecho; b) a las entidades de derecho público o privado que obran o actúan por medio de sus agentes, porque las faltas y errores de éstos comprometen a la entidad a cuyo nombre obran, ya que la Nación, el Departamento y

el Municipio, como personas de derecho público o las compañías o corporaciones de derecho privado, son entes morales que no pueden actuar sino por medio de personas naturales y los actos, hechos u omisiones de éstas son actos, hechos u omisiones directos de aquellas entidades. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 18 de 1945). 97, 2ª

RESTITUCION DE TERMINOS

— 241 —

Dentro de la noción de caso fortuito que define el artículo 1º de la ley 95 de 1890, no puede considerarse como tal el recargo de trabajo que haya tenido una persona para que sea dable la solicitud sobre restitución de términos. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, noviembre 14 de 1945). 1165, 2ª

REVISION AUTORIZADA POR EL ARTICULO 1030 DEL CODIGO JUDICIAL

— 242 —

La acción de revisión que consagra el art. 1030 del C. J. con respecto a las sentencias de pregón y remate y de excepciones dictadas en juicios ejecutivos es bien distinta del recurso de revisión de que habla el cap. 7º del Título XIV del Libro 2º del C. J. Ambas tienen en común el fin de desvirtuar la fuerza o la presunción de verdad que envuelven las sentencias judiciales y sus diferencias más fundamentales consisten en que la primera se ventila siempre mediante los amplios trámites del juicio ordinario, en el cual gozan las partes de completa libertad de acción, sin restricción alguna en cuanto a su actividad probatoria. Esta acción prescribe de conformidad con las reglas comunes sobre la materia y versa o puede versar sobre las sentencias de que habla el artículo 1030, sea que fueren proferidas por un Juez o Tribunal dentro de la ejecución, y la competencia para conocer de ella se determina conforme a las reglas generales. En cambio, el recurso de revisión es un recurso extraordinario que no se ventila mediante los trámites del juicio ordinario, sino con sujeción a la reglamentación especial consagrada en los artículos 545, 546 y 547 del C. J. En él no gozan las partes de la amplitud probatoria de que disfrutan en aquél, pues en guarda del imperio del principio de la cosa juzgada no se aducen nuevas pruebas, sino exclusivamente las que no pudieron presentarse por estar detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; o las que se refieren a documentos que al tiempo de dictarse la sentencia no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después; o las que demuestren que los testigos cuyas declaraciones sirvieron de fundamento a la sentencia han sido condenados por falsos testimonios; o las que comprueben que la sentencia se dictó injustamente, por cohecho, violencia o fraude. Además, la competencia para conocer de este recurso extraordinario corresponde privativamente a la Corte Suprema de Justicia; se circunscribe a las sentencias definitivas dictadas por ésta o por los Tribunales Superiores y sólo puede interponerse dentro de los dos años siguientes a la publicación de ellas. De otro lado, como las sentencias definitivas dictadas en juicio ordinario conllevan la fuerza propia de la cosa juzgada, la revisión del asunto por ellas decidido es lógico que sólo puede alegarse mediante la invalidación previa de las mismas, por cualquiera de los motivos previstos en el artículo 542 del C. J., y siendo ese el fin principal del recurso, se comprende que éste no constituye una nueva acción. En cambio, como las sentencias de excepciones y la de pregón y remate dictadas en jui-

decisión diversa o contraria a la contenida en la sentencia de remate o de excepciones, implícitamente está demandando la ineficacia de esa sentencia (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023, y 2024, julio 11 de 1945). 338, 2ª

REVISION DE SENTENCIAS

— 243 —

Cuando el artículo 473 del C. J., advierte en su inciso 2º cómo es posible que en un juicio ordinario se ventile algo fallado ya en juicio distinto, formula la salvedad correspondiente a lo que en su inciso 1º establece sobre fuerza de cosa juzgada de las sentencias en firme, salvedad nacida de que aquéllas no tienen tal firmeza. y defiere a lo que dispensa la ley sobre señalamiento de las que hayan de formar este grupo. Con este fin ese Código coloca en él la de excepciones y la de pregón y remate de los juicios ejecutivos (artículo 876) y sobre partición material de bienes comunes (artículo 1151). Es de citarse el artículo 8º de la ley 28 de 1932, y, además, la sentencia de prelación de créditos o pronunciada en juicio ejecutivo, que es revisable en el de concurso de acreedores, en atención a que su calidad de cosa juzgada es sólo formal o adjetiva, según estudio que ya hizo la Corte en sentencia de 15 de abril de 1942. Esta revisión es algo muy distinto del recurso que con el mismo nombre establece y reglamenta el C. J. en sus artículos 542 y siguientes.

No puede pedir revisión de la sentencia de pregón y remate proferida en juicio ejecutivo quien fue tercero o no figuró como parte en el juicio ejecutivo, siquiera alegue ser el dueño de algo que se remató para el pago como deudor en el juicio ejecutivo. A ese tercero lo que le interesa es el bien suyo y no ese pleito considerado en sí. El Código Judicual establece medidas de precaución en guarda de terceros para evitar la persecucio ejecutivo no fundan la excepción de cosa juzgada, el asunto que en ellas fue materia de la decisión judicial puede discutirse de nuevo amplia y directamente mediante los trámites del juicio ordinario para buscar una resolución distinta, aduciendo toda clase de pruebas conducentes al fin perseguido, sin que para lograrlo sea previamente indispensable que el demandante solicite la declaración de invalidez de aquellas, porque al pedir éste que se profiera por la justicia una ción y, con más veras, la enajenación de bienes ajenos con el fin de pagar lo que debe un ejecutado. Así, por ejemplo, en su artículo 1023 faculta a toda persona distinta de la ejecutada para obtener que se levante el secuestro de bienes alegando que los poseía al secuestrarlos, con sólo dar caución de indemnizar a ejecutante y terceristas; y en su artículo 1008, exige tratándose de inmuebles, el certificado del Registrador allí determinado, y dispone que el juez ordene inmediatamente el desembargo y la cancelación del embargo si del certificado no aparece que el ejecutado sea el poseedor inscrito de tal inmueble. Más todavía: si a pesar de todo llegare en una ejecución a rematarse para el pago un bien que no es del deudor, su dueño puede reivindicarlo, siendo así que ese remate sería de cosa ajena y esta venta deja a salvo en su validez los derechos del verdadero dueño, (artículos 741 y 1871 C. C.). Y es de advertirse que en tal caso ese verdadero dueño reivindicaría como tal, sin necesidad de demandar la revisión de la sentencia de pregón y remate. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 19 de 1945). 729, 1ª

— 244 —

RATIFICACION

La ratificación es procedente sólo cuando alguien ha obrado por otro sin su representación y ese otro viene a conferirsela ex post

facto, o a aceptar o dar por bien hecho, cual si hubiese intervenido él mismo, lo que oficiosamente hizo aquél, o cual si éste hubiera tenido **ab initio** su representación. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 25 de 1945). 125, 1ª

RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS

— 245 —

Al reconocimiento de un documento le otorga la ley (artículo 637 del C. J.) la fuerza de una confesión judicial, es decir, la fuerza de una plena prueba, sin que aquel constituya, por ello, una confesión judicial, pues había una prueba anterior, aunque incompleta, sobre la existencia de la deuda, como es el documento que la contenía. El reconocimiento presuntivo (artículo 643 del C. J.) también le da al documento la fuerza de una confesión judicial, y aunque aquél se deduce del silencio de la parte y esté muy lejos, por ello, de constituír una confesión judicial. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 11 de 1945). 340, 2ª

RECURSO DE CASACION

— 246 —

En el recurso de casación no basta razonar como se hace ante los jueces de grado pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un tribunal, atacadas en forma tal que le permitan a la Corte abocar un estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnen, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, fin principal del recurso de que se trata.

Para que merezca atención una demanda de casación se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio señalando los motivos materia de impugnación y el concepto en que se funda esa impugnación, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley, por otro que no se haya expuesto. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del C. J., la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo sean denominando la clase de error en que haya incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho. y en este segundo caso a través de qué razonamiento y con relación a cuál de los elementos procesales se cometiera. La Sala está recordando constantemente a los litigantes el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre por violación de ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haber incurrido el Tribunal en un error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De ahí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal, "cuando esta violación es indirecta como resultado de error de derecho en la apreciación o aplicación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 15 de 1945). 776, 1ª

RECURSO DE CASACION

— 247 —

El recurso de casación no es una panacea contra todo error o defecto de las sentencias contra las cuales se interpone. Las irregularidades procesales no dan lugar a él sino cuando determinan las situaciones singulares que llegan a tanto dentro del elenco de motivos formulado taxativamente por el artículo 520 del Código Judicial. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 18 de 1945). 906, 2ª

— S —

SANEAMIENTO POR EVICCION

— 248 —

La obligación del saneamiento de la cosa vendida, que con la de entregarla suma las principales obligaciones del vendedor, comprende dos partes o etapas que se refieren a la realización de dos objetos diferentes dentro del mismo fin de garantizar al comprador la posesión tranquila y pacífica de la cosa comprada: la primitiva es una obligación de hacer y consiste en el deber del vendedor de acudir en defensa judicial del comprador en el juicio que se le ha iniciado por la cosa vendida; la segunda, subordinada a la primera, es una obligación de dar y consiste en que una vez producida la evicción, desposeído el comprador de todo o parte de la cosa por sentencia judicial, debe el vendedor indemnizar al comprador los perjuicios de la evicción. Dado el desarrollo sucesivo de estos dos períodos distintos pero conexos, integrantes de la obligación del vendedor, la acción de saneamiento que corresponde al comprador para pedir que se cumpla tiene su verdadera iniciación cuando el comprador demandado por causa anterior a la venta cita al vendedor para que comparezca a defenderla (art. 899, C. C.); con esta denuncia del pleito, que vincula al vendedor como parte en el juicio, comienza a cumplirse la obligación del vendedor, que termina cuando la evicción se produce, esto es, cuando se pierde el pleito, en la de indemnizarle en dinero. (Art. 1896, ibídem). Puede, pues, considerarse que esta segunda parte es propiamente el cumplimiento de los efectos legales de una sentencia, que se produce por causa de la condena, responsabilidad personal del vendedor en favor del comprador, esto es, de las personas que fueron parte en el contrato de venta en que tuvo origen la obligación de saneamiento.

En materia de frutos de la cosa vendida y evicta, la ley no autoriza la prestación por valor de los frutos que el comprador "hubiere dejado de percibir desde cuando fue privado de la posesión del inmueble", sino de aquellos que el comprador hubiere sido obligado a restituír al dueño. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 29 de 1945). 807, 1ª

SENTENCIA

— 249 —

A fin de que pueda el Juez aplicar el derecho sustantivo, es decir, proveer sobre el mérito del proceso, es necesario que antes se hayan desarrollado las actividades procesales de conformidad con el derecho procedimental. Solamente si se ha desenvuelto el proceso regularmente, esto es, según los principios del derecho procesal, el Juez podrá, como dice, "entrar en el mérito", o sea, "al fondo de la cuestión". Si, viceversa, tales prescripciones no han sido tenidas en cuenta al fallar, la inobservancia del derecho procesal, cuando sea de cierta gravedad, constituirá un impedimento para decidir sobre el mérito del proceso. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 26 de 1945). 390, 1ª

SENTENCIA

— 250 —

El sentenciador debe ajustar su fallo concretándose al problema controvertido, tal como lo trazan y circunscriben la demanda y su respuesta. Este principio jurisprudencial se halla consagrado expresamente en nuestras leyes, como se ve en el C. J. en sus artículos 471, inciso 4º, y 330, numeral 2º (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 17 de 1945). 677, 1ª

SENTENCIAS EXTRANJERAS

— 251 —

De conformidad con lo que prescribe nuestra legislación (artículo 555 C. J.), la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le conceden los respectivos tratados existentes con ese país, y a falta de éstos la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia. Por consiguiente, el concurso y apoyo de las sentencias extranjeras están sometidos a lo que sobre el particular se haya establecido, en primer término, en los correspondientes tratados públicos, y en subsidio, al principio de la reciprocidad legislativa. En relación con la República de Panamá no existe tratado alguno vigente en Colombia que regule tan importante materia, pues la Convención Internacional de La Habana fue suscrita por el Estado colombiano con reservas y aún no ha sido aprobada por el Congreso Nacional. Entonces, a falta de un tratado público, precisaría acudir al principio de la reciprocidad.

En Colombia el principio de la reciprocidad legislativa debe estar establecido por una ley. (Auto, Sala de Casación Civil, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 6 de 1945). 130, 1ª

SERVIDUMBRE

— 252 —

El derecho de servidumbre corresponde al predio dominante y es ejercido por los propietarios o poseedores de éste. Si el bien pertenece a una comunidad, todos los copartícipes tienen derecho al ejercicio de la servidumbre; por consiguiente, una acción negatoria de ese derecho debe cobijar a todos los copartícipes del predio dominante, (Ley 120 de 1928 y 58 de 1941). (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 26 de 1945). 391, 1ª

SIMULACION

— 253 —

Es el precio ficticio, esto es, el aparente que se pacta con la intención de no exigirse, el que puede determinar la simulación del contrato de venta por ausencia de uno de los elementos jurídicos esenciales para su existencia; pero el no pago del precio realmente pactado, o su demora, o su pago en forma distinta de la convenida en el instrumento público en que se solemnizó el contrato, dan nacimiento a acciones distintas de la de simulación, para hacerlo efectivo o para pedir la resolución de la venta con indemnización de perjuicios.

La admisibilidad de los diferentes medios probatorios que autoriza la ley varía según que la simulación se invoque por alguna de las partes contratantes o por terceros. La estabilidad de los derechos y la seguridad del comercio jurídico exigen que cuando las personas o partes revisten sus contratos o acuerdos de voluntad con las formalidades establecidas por la ley para la realización cabal de los fines perseguidos, no les sea permitido demostrar la insinceridad o ficción de sus declaraciones sino con el uso de determinados medios de convicción. De otro modo, la liber-

tad probatoria representaría una peligrosa inestabilidad de los negocios ante los múltiples fenómenos de la simulación. En tesis general y en acuerdo con la doctrina, puede afirmarse que no es posible destruír la plena fe del actor ostensible o público respecto de las declaraciones en él consignadas, esto es, no se puede demostrar la contraestipulación o pacto secreto, en pleito entre quienes lo celebraron, sino exhibiendo una prueba de igual categoría o fuerza demostrativa que la que acredite aquél. Por tanto, si el acto ostensible se consignó por escrito, ya porque la ley exija esa solemnidad o porque las partes lo hayan celebrado en esa forma, la prueba del oculto o secreto debe constar también por escrito. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, septiembre 20 de 1945). ...936, 1ª

SOCIEDAD. — SU DISOLUCION

— 254 —

La sociedad se disuelve por la expiración del plazo que se ha prefijado para que tenga fin (artículo 2124, C. C.). Cumplida esta causa legal de disolución del contrato de compañía, que opera de pleno derecho, se produce, como efecto inmediato entre los socios, el determinado en el artículo 2141 del C. C., de proceder a la división de los objetos que componen su haber. Disuelta la sociedad, esto es, ocurrida la causa que legalmente le pone fin, se debe proceder a su liquidación, o sea, a determinar su haber partible y repartirlo entre los socios. Al disolverse la compañía se produce entre los socios una situación de hecho, una comunidad que es preciso liquidar, para lo cual deberán tenerse en cuenta las reglas estipuladas en el contrato, y cuando nada se haya estatuído sobre el particular, las normas establecidas para la partición de los bienes hereditarios. Por tanto, son aplicables a la liquidación social las reglas legales relativas al nombramiento del partidor, a la facción de inventarios, a las formas procedimentales, a la formación y distribución de los lotes, etc. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 21 de 1945). 909, 2ª

SOCIEDADES ANONIMAS

— 255 —

Obrando en autos el comprobante de que trata el artículo 9º de la Ley 58 de 1931, así como su inscripción con todos sus detalles, en la Cámara de Comercio, no es admisible el cargo de errónea apreciación del Tribunal al reputar establecida en autos la existencia de la Compañía demandada. Provista la Superintendencia de las facultades aludidas y demás que le confiere la citada ley 58, preceptuando ésta que sólo con el permiso del Superintendente puede entrar en función o continuar funcionando una sociedad anónima y respaldados concomitantemente los terceros por la fe pública en cuanto mire a las relaciones de cualquiera persona natural o jurídica con una sociedad anónima autorizada por el Superintendente, no sería jurídico desconocer su existencia cuando sobre ésta media aquella autorización, máxime cuando al concederla hace constar aquel funcionario la presentación de la escritura pública de constitución de tal sociedad y el ajustamiento de aquella y de sus estatutos a las exigencias legales, y además hay constancia de que todo ello se inscribió o anotó en el competente libro de la Cámara de Comercio. Contrario a la equidad y también a la lógica sería que una compañía autorizada plenamente para el ejercicio de todas las actividades correspondientes a su objeto y, por ende, a adquirir derechos y ejercitar acciones, a la hora de exigírsele responsabilidades resultara que oficialmente no existe. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 24 de 1945). 374, 2ª

man las barandillas" y la "zanjita de la Camiseta". En tales circunstancias la alinderación de 1850 se aproxima más a la que se consignó en la escritura de 16 de marzo de 1849, ya que en ésta sí aparecen señalados dos puntos de referencia con estos últimos nombres.

11. Por escritura de 7 de mayo de 1852, otorgada en Honda, el señor Félix Navarro, actuando como apoderado de Mateo Viana, según el poder que aparece inserto en dicha escritura, dio en venta a Diego Antonio Viana "las tierras denominadas Mendez en el Distrito parroquial de este nombre que hubo por transacción que previa aprobación de la Cámara de esta Provincia y junta directiva de Colegio, tubo su constituyente con el Sindico de dicho Colegio de San Simón, como consta de escritura otorgada en la ciudad de Ibagué a quince de octubre de mil ochocientos cincuenta, en el litis que sobre la posesión y propiedad de este terreno siguieron, cuyos linderos son los siguientes: desde la boca o confluencia del río Sabandija en el Magdalena, aguas del Sabandija arriba hasta un punto que llama Alonzo, donde muere una cordillera; de este punto hacia el sur por el filo de la misma cordillera, a atravesar por el alto de las Cruces el camino que vá a Méndes para los dos Ríos; sigue toda la cordillera hasta donde muere ésta en el rio Magdalena en el sanjón de Guadualito; y Magdalena abajo hasta la boca del Sabandija....." (fs. 95 a 95 v., c. número 1).

La precedente alinderación coincide en parte con la que aparece consignada en la diligencia de entrega de las tierras de Méndez a Mateo Viana en el año de 1848. Pero discrepa en cuanto a estos dos puntos: a) en lo referente al sitio en que termina el lindero norte a partir de la boca del Sabandija, pues en 1848 el punto terminal se dice que es llamado "las barandillas", al paso que en la venta de 1852 se le da al punto terminal el nombre de "Alonso"; y b) en lo atinente al sitio en que termina el lindero sur, ya que en el citado año de 1848 el punto terminal es la confluencia de la quebrada Camiseta con el Magdalena, y en 1852 se dice que el lindero termina en el "sanjón de Guadualito".

Ya se vio anteriormente que los sitios denominados "Alonso" y "sanjón del Guadualito" se incluyen en la alinderación que de las tierras de "Mendes" se consignó en la escritura de 15 de octubre de 1850, contentiva de la transacción convenida entre Mateo Viana y el Colegio de San Simón de Ibagué.

De consiguiente, la discrepancia entre las diversas alinderaciones de las tierras de "Mendes", continúa siendo un obstáculo serio para la determinación del inmueble.

12. Mediante escritura de 31 de agosto de 1852, otorgada en Honda, el señor Diego A. Viana, vecino de esta ciudad, dio "en venta real i pública para sí i sus herederos al señor Ignacio Lesama vecino de Ambalema i en cantidad de veinte mil pesos las tierras denominadas MENDES"..... En esta escritura se expresaron los mismos linderos consignados en la del 7 de mayo del citado año de 1852, por la cual el apoderado de Mateo Viana vendió a Diego A. Viana el inmueble en referencia (fs. 90, c. número 1), con la única diferencia de que en la escritura del 31 de agosto se advirtió que las tierras de Méndez comprendían la tierra "que ocupa la población de la parroquia de Mendez".

13. Por medio de escritura número 510 del 25 de noviembre de 1853, otorgada ante el notario público del Cantón de Ambalema, Ignacio Lezama vendió a Espíritu Santos Vanegas "las tierras denominadas de Mendes", las cuales se hallan en jurisdicción del distrito parroquial de Méndez", apareciendo determinadas por los mismos linderos de que tratan las dos escrituras precedentes, y con la advertencia de que en dicha tierra debe entenderse comprendida la que ocupa la población de la parroquia de Méndez" (fs. 88, c. número 1).

14. Por medio de la escritura pública número 77 de 28 de abril de 1857, otorgada en la Notaría de Ambalema, Espíritu Vanegas vendió a Abraham Crosthwaite, actuando éste en su propio nombre y como apoderado de Raimundo Santamaría, David Castello, y Schloss y Compañía, "un globo de tierra ubicado en el Distrito de Méndez, demarcado por los linderos que siguen: Desde la confluencia de la quebrada de las Cruces o la Mina con el rio Sabandija, quebrada arriba hasta el pie de la cordillera de las Cruces; de allí siguiendo el camino que va de Mendes a los dos rios, hasta coronar la cordillera de las Cruces (la cual va a morir en el punto de Alonso en el rio Sabandija); de este punto, es decir, de la parte culminante de la cordillera, siguiendo hacia el sur por todo el filo de dicha cordillera (la cual va a desaparecer en el Magdalena en el zanjón de Guadualito), hasta donde la atraviesa el camino público que sigue o conduce de Panchigua para Méndez, siguiendo dicho camino hasta el alto llamado del Guayacán; de este punto, siguiendo el filo de esa cordillera hacia el Magdalena hasta donde nace el zanjón hondo, que está hacia el sur del caney que hoy posee Pablo Acuña, y que antes era de Hilario Lozano; este zanjón abajo, hasta el rio Magdalena; Magdalena abajo hasta donde se encuentra la punta de la cerca del potrero llamado Sabandija, siguiendo dicha cerca hasta donde termina en el rio Sabandija, Sabandija arriba hasta la boca de la quebrada de la Mina, primer lindero".

Luégo se dice en la misma escritura: "Sólo se exceptúan de la venta de este globo de tierra los treinta y cinco solares que el otorgante tiene vendidos a los individuos que constan en la lista que en copia le ha dado al comprador" (fs. 85 a 85 v. c. número 1).

La precedente alinderación, que aparece localizada en el plano topográfico presentado con el aviso, es de gran importancia en este negocio, como quiera que es la misma con que se singulariza la finca denominada "La Florida", materia hoy de dicho aviso. Además, la Compañía avisante afirma que "La Florida" constituye la mayor parte de las antiguas tierras de Méndez, "ya que exceptuando las tierras llamadas hoy Playa Alta y la Vega o Porvenir el resto de las llamadas de Méndez, forman hoy la hacienda "La Florida" (fs. 22 v. c. número 2).

Ahora bien: la misma Compañía sostiene que son precisamente las tierras de Méndez las que están amparadas por el título que se dice emanado del Estado en virtud de la ley de 6 de agosto de 1821, según las alinderaciones contenidas en las escrituras ya examinadas, particularmente las de noviembre de 1818 (cesión que hacen Miguel, Antonia y Ana María Escandón al Convento de San Francisco de Mariquita "de las tierras nombradas del Pueblo de Méndez") y la del 15 de octubre de 1850 (por la cual el Colegio de San Simón de Ibagué reconoció a favor del señor Mateo Viana la posesión y propiedad de las tierras de Méndez".....)

En tales circunstancias ,y para los efectos de la precisa determinación de la finca "La Florida", materia del aviso, es natural partir de la base de la debida determinación del inmueble que se señala como origen remoto de aquella finca, o sea, las llamadas tierras de Méndez, y que son precisamente las que se dicen amparadas por el precitado título.

Empero, ya está visto que estas tierras no pueden ser identificadas a la sola luz de las alinderaciones expresadas en las escrituras que se aducen como constitutivas del título emanado del Estado, junto con las prescripciones de la referida ley de 6 de agosto de 1821.

No niega la Sala que tales alinderaciones contienen puntos de referencia cuya localización e identificación no ofrecen dificultad alguna, como ocurre por ejemplo con el río Magdalena y el Sabandija. Estas dos corrientes de agua aparecen invariablemente en dichos linderos, constituyendo, respectivamente, los linderos **norte** y **oriental** de las tierras de **Méndez.** Más en lo atinente a los demás linderos, por arcifinios que puedan ser, según las denominaciones que en las respectivas escrituras se les dan, existen puntos no identificados, distinguidos con nombres diferentes, de tal suerte que no se sabe con certeza si se trata de sitios diferentes o de un mismo punto, pero con denominación distinta.

En principio acepta la Sala que hay base seria para presumir que las antiguas tierras de Méndez se identifican casi en su totalidad con la finca que hoy se llama La Florida. Esto se infiere fácilmente de la simple confrontación de los linderos de uno y otro inmueble. En efecto:

Según la alinderación más detallada de las tierras de Méndez, o sea la contenida en la diligencia de entrega de las mismas a Mateo Viana en el año de 1948, el inmueble se extendía al norte, desde la confluencia del Sabandija con el Magdalena, Sabandija arriba hasta el punto llamado las Barandillas; luégo se seguía hacia el sur hasta tomar la altura de la cordillera que llaman alto de las Cruces, siguiendo por la cima de ésta hasta el camino que va de Méndez para dos Ríos; se sigue luégo por la misma cordillera hasta dar a la zanjita de al Camiseta, ésta abajo hasta su confluencia con el Magdalena, y éste abajo hasta su confluencia con el Sabandija.

De acuerdo con la alinderación que en el aviso se le asigna a la finca La Florida, ésta también aparece situada hacia la margen derecha del río Sabandija, y entre la cordillera de las Cruces y el río Magdalena. De tal suerte que una y otra alinderación indican inequívocamente que se trata de un inmueble ubicado en la zona comprendida entre el río Sabandija, la cordillera llamada de las Cruces y el río Magdalena.

Empero, los demás puntos de referencia de los linderos de las tierras de Méndez y de La Florida, aun cuando se hallen localizadas en el plano topográfico presentado con el aviso y descritos en las escrituras respectivas, apenas en teoría sirven para determinar el inmueble por ellos encerrado, ya que no han sido puestos en relación con la realidad topográfica y geográfica. Porque, se repite, sólo así es posible comprobar inequívocamente que el inmueble corresponde, en el terreno, a la descripción que de él se ha hecho teóricamente en el título respectivo.

15. La compra de las tierras de Méndez formalizada por medio de la escritura precedente, fue hecha para la sociedad colectiva denominada "Crosthwaite y Cía.", sociedad que se constituyó por escritura número 872 del 30 de julio de 1855, otorgada ante el Notario primero de Bogotá. Como socios de esta Compañía figuran los señores Raimundo Santamaría, Abraham Crosthwaite, David Castello y Schloss y Cía., o sean las mismas personas que aparecen como compradores de las tierras de Méndez en la precitada escritura del 28 de abril de 1857 (fs. 82 y 83, id.)

16. Mediante escritura número 559 del 3 de junio de 1857, otorgada ante el Notario primero de Bogotá, fue prorrogada la sociedad "Crosthwaite y Cía." En esta escritura se incluye la "hacienda de Mender (sic)", como una de las propiedades de la sociedad (fs. 80, id.), pero no se consignan los linderos del inmueble.

17. Expirada la prórroga que se pactó por la escritura precedente, los mismos socios convinieron en continuar en "asociación, en compañía colectiva parcial, con el solo y exclusivo objeto de liquidar los asuntos de la Compañía de Crosthwaite i Compañía", lo cual se estipuló en escritura número 1070 de primero de octubre de 1860, otorgada ante el Notario primero de Bogotá (fs. 74 a 77, id.) En esta escritura se menciona nuevamente la hacienda de Méndez como una de las propiedades de la sociedad, pero sin señalar los linderos de la finca (fs. 75 v.)

18. Mediante escritura número 722 del 17 de abril de 1865, otorgada ante el Notario segundo de Bogotá (fs. 68 a 73), los señores Raimundo Santamaría, Castello e hijo y Koppel y Schloss, convinieron en disolver la sociedad "Crosthwaite y Cía." y formar una nueva bajo la denominación de "Sociedad Agrícola Anglo Colombiana", estipulándose que "el haber de esta nueva sociedad sería el mismo que tenía la sociedad disuelta de Crosthwaite y Compañía....." (fs. 68 v., id.) Más adelante se dijo en la misma escritura: "La ubicación y linderos de las fincas raíces que eran de la Compañía de Crosthwaite y Compañía y hoi pasan a ser de la Compañía Agrícola Anglo Colombiana son como sigue: ..... Las tierras de Méndez ubicadas en el Distrito de Méndez del Estado del Tolima, cuyos linderos son: ....." (fs. 72). Se transcriben los mismos linderos consignados en la escritura del 28 de abril de 1857, por la cual la sociedad de Crosthwaite y Compañía compró las tierras de Méndez a Espíritu Vanegas.

19. Mediante escritura número 845 de 21 de mayo de 1867, otorgada ante el Notario segundo de Bogotá (fs. 60 a 67, c. número 1), fue pactada la prórroga de la sociedad anónima denominada "Sociedad Argícola Anglo Colombiana". En esta escritura se dice, entre otras cosas, lo siguiente: "La ubicación y linderos de las fincas raíces de esta sociedad son los siguientes: .... Las tierras de Méndez ubicadas en el Distrito del mismo nombre en el Estado del Tolima, lindan: ....." Se transcribe nuevamente la misma alinderación consignada en la precitada escritura del 28 de abril de 1857 (fs. 65 a 65 v., id.)

20. La Sociedad Agrícola Anglo Colombiana se liquidó por medio de la escritura número 1.574 de 14 de septiembre de 1878, otorgada ante el Notario 2º de Bogotá (fs. 51 a 56, id.) Esta escritura contiene entre otras estipulaciones, la siguiente: "..... que en consecuencia la sociedad representada por la mayoría de sus accionistas transmite a las señoras Manuela Santamaría de Escobar, Bernardina Santamaría de Restrepo, Magdalena Santamaría de Mier, Isabel Santamaría de Ortiz y a los herederos de la señora Emilia Santamaría de Umaña, a saber: Manuel Vicente, Eugenio, Soledad y Raimundo Umaña, Vicenta Umaña de Herrera, Magdalena Umaña de Pardo, Emilia Umaña de Arboleda y a los menores Enrique y Carlos Umaña, en pago de todos sus derechos y acciones en la citada Compañía, los siguientes bienes pertenecientes a la misma sociedad Agrícola Anglo Colombiana: Primero. La hacienda de "La Florida" con sus casas y demás anexidades y enseres situada en jurisdicción de Méndez del Estado del Tolima y comprendida dentro de los linderos siguientes, advirtiéndose que en ellos hay una pequeña variación proveniente del contrato de permuta que la expresada sociedad celebró con los señores Miguel Mora y Posidia Zaldúa por la escritura otorgada ante el Notario del Circuito de Honda en veinte (20) de junio del corriente año bajo el número ciento tres (103), pues los linderos que pasan a espresarse son los de la escritura por donde el señor Espíritu Vanegas vendió al señor Abrahan Krosthwaite la espresada hacienda los cuales son como sigue....." (fs. 53 v., id.) Se transcriben efectivamente los mismos linderos relacionados en la escritura de 23 de abril de 1857, por la cual Espíritu Vanegas vende las tierras de Méndez a Abrahan Crosthwaite y otros. Luégo se dice en la escritura en examen: "Se exceptúan lo mismo que en la escritura por donde el señor Crosthwaite compró al señor Vanegas la hacienda "La Florida", la cual otorgada en Ambalema en treinta de abril de mil ochocientos cincuenta y siete (1857) bajo el número setenta y siete (77), los treinta y cinco solares de que habla dicha escritura....."

Es en la escritura de liquidación de la sociedad Agrícola Anglo Colombiana en donde por primera vez se da el nombre de "hacienda de "La Florida" al globo de tierra que de esa escritura hacia atrás se conocía con el nombre de "las tierras de Méndez". Dada la identidad que se advierte entre las respectivas alinderaciones, es indudable que se refieren a un mismo inmueble, pero desde luego con la indeterminación que se origina en la falta de identificación de algunos puntos de referencia de tales linderos, según ha quedado anotado anteriormente.

21. Por medio de la escritura número 1802 del 21 de octubre de 1878, otorgada ante el Notario 2º de

Bogotá (fs. 47 a 50 c. número 1), la señora Bernardina Santamaría de Restrepo vendió a los señores José Bonnet y Vicente Ortiz Durán los derechos y acciones que le correspondieron, según la escritura precedente, en la liquidación de la Sociedad Agrícola Anglo Colombiana. Tales derechos y acciones consistían en "la cuota proindiviso que ella (la vendedora) tiene en los terrenos, muebles y semovientes de las haciendas de "La Florida" y Nariño.....:" En relación con el primero de dichos inmuebles, dice la escritura en examen: "Que los linderos de la hacienda "La Florida" son como sigue, advirtiéndose que en ellos hay una pequeña variación proveniente del contrato de permuta que la expresada sociedad celebró con los señores Miguel Mora y Posidia Zaldúa, por escritura otorgada ante el Notario del Circuito de Honda en veinte (20) de junio del corriente año, bajo el número ciento tres (103), pues los linderos que pasan a expresarse son los de la escritura por donde el señor Espíritu Vanegas, vendió al señor Abraham Crosthwaite la expresada hacienda, los cuales son como sigue....." Se transcriben en seguida los linderos contenidos en la referida escritura del 28 de abril de 1857 (venta de Vanegas a Crosthwaite y otros). Y a continuación se dijo en la escritura que se examina: "Se exceptúan, lo mismo que en la escritura por donde el señor Crosthwaite compró al señor Vanegas la hacienda de "La Florida".... los treinta y cinco solares de que habla dicha escritura....." (fs. 48 v., id.)

22. Mediante escritura número 1808 del 22 de octubre de 1878, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá (fs. 42 a 46, id.), Manuel Umaña, en su calidad de apoderado de la señora Magdalena Santamaría de Mier y como padre legítimo de sus hijos menores Enrique y Carlos Umaña, Manuel Vicente Umaña y Eugenio Umaña, en su propio nombre, Juan Manuel Herrera, esposo de la señora Vicenta Umaña, Emilio Pardo marido de la señora Magdalena Umaña, Daniel Arboleda marido de la Sra. Emilia Umaña y la Srta. Soledad Umaña, en su propio nombre, vendieron a los señores José Bonnet y Vicente Ortiz Durán los derechos que correspondieron a los vendedores en la liquidación de la Compañía Agrícola Anglo Colombiana Tales derechos consistían en las respectivas cuotas proindiviso que las vendedoras tenían "en los terrenos, muebles y semovientes de las haciendas de La Florida y Nariño". Con referencia a los linderos de la primera de dichas haciendas, se dijo en la escritura: "Que los linderos de la hacienda La Florida son como sigue, advirtiéndose que en ellos hay una pequeña variación proveniente del contrato de permuta que la expresada sociedad celebró con los señores Miguel Mora y Posidia Zaldúa....., pues los linderos que pasan a expresarse, son los de la escritura por donde el señor Espíritu Vanegas vendió al señor Abrahan Crosthwaite la expresada hacienda, los cuales son como sigue: ....." Se transcriben una vez más los mismos linderos consignados en la escritura del 28 de abril de 1857, y se hace en seguida exclusión de los treinta y cinco solares de que trata el mismo instrumento (fs. 45, id.)

23. Por medio de la escritura número 1044 del 10 de julio de 1879, otorgada ante el Notario segundo de Bogotá (fs. 40 y 41 c. número 1), el señor Narciso González Lineros, como apoderado del señor Melitón Escovar, esposo de la señora Manuela Santamaría de Escobar, transfirió a los señores José Bonnet y Vicente Ortiz Durán, "el dominio, posesión y propiedad de todos los derechos raíces y muebles que la señora MANUELA SANTAMARIA DE ESCOVAR tenía en las haciendas de La Florida y Nariño". En relación con los linderos de la finca La Florida, se dice en la escritura que son los mismos "que se expresan en la escritura de catorce de septiembre ya citada", o sea la contentiva de la liquidación de la Sociedad Agrícola Anglo Colombiana, liquidación en la cual se adjudicó parte de los bienes de dicha sociedad a la señora Manuela Santamaría de Escovar. Ya está visto cuáles son los linderos que se le señalan a la finca "La Florida" en la escritura por la cual fue liquidada aquella compañía y se hizo la distribución de sus bienes entre los socios respectivos.

24. Mediante escritura número 807 de 21 de mayo de 1880, otorgada ante el Notario 2º de Bogotá (fs. 36 a 39 c. número 1), los señores José Bonnet y Vicente Ortiz Durán convinieron en dividir la comunidad existente entre ellos respecto de las fincas denominadas "La Florida" y Nariño, comunidad originada en las compraventas de que dan cuenta las escrituras precedentes. En cuanto a la finca "La Florida", los otorgantes convinieron en lo siguiente: "Bonnet toma la hacienda de "La Florida", con todo el ganado, bestias, enseres, útiles y por los mismos linderos que entregó la expresada Compañía Agrícola Colombiana....." Más adelante se transcriben los linderos de dicho inmueble, con la advertencia de que son los mismos contenidos en la escritura "por donde el señor Espíritu Vanegas vendió al señor Abrahan Crosthwaite la expresada hacienda....." Como se ve, se trata de la misma alinderación que se ha venido consignando en las escrituras precedentes, sin que se agreguen nuevos datos sobre el particular.

25. Mediante la escritura número 2269 del 27 de octubre de 1920, otorgada ante el Notario 3º de Bogotá (fs. 33 a 35 c. número 1), se protocolizó el juicio de sucesión del señor José Bonnet. Allí apare-

ce la hijuela correspondiente a la señora Micaela Ortiz de Bonnet, en la que consta que a esta señora se adjudicaron, entre otros bienes, "una hacienda llamada "La Florida", ubicada en el municipio de San Lorenzo, Departamento del Tolima, que linda así:....." Se repiten en seguida los mismos linderos consignados en la escritura por la cual el causante José Bonnet adquirió la finca "La Florida" "en la división de bienes comunes hecha por el señor Vicente Ortiz Durán", o sea la número 807 de 21 de mayo de 1880, Notaría 2ª de Bogotá (fs. 33 v., id.)

26. Por medio de la escritura número 243 del 14 de febrero de 1922, otorgada ante el Notario 3º de Bogotá (fs. 30 a 31 c. número 1), Micaela Ortiz de Bonnet, por medio de apoderado, "transfiere a Roberto Bonnet, a título de permuta, el derecho de dominio que tiene en una hacienda denominada "La Florida", ubicada en el municipio de San Lorenzo, del Departamento del Tolima, y que linda así:....." Se repiten una vez más los ya expresados linderos del inmueble materia de la permuta (fs. 30 a 30 v.).

27. Mediante escritura número 573 del 7 de julio de 1927, otorgada ante el Notario de Honda (fs. 28 a 29, id), Roberto Bonnet dio en venta al señor Rafael González, "el derecho de dominio que tiene en un lote de terreno que hace parte de la hacienda denominada La Florida, ubicada en Méndez, jurisdicción del municipio de San Lorenzo, lote comprendido dentro de los siguientes linderos y medidas....." Este lote es precisamente el que de conformidad con lo manifestado por la Compañía avisante "quedó excluído de los trabajos de exploración que se proyectan".

28. Finalmente, por medio de la escritura número 679 de 2 de octubre de 1937, otorgada ante el Notario de Facatativá (fs. 23 a 27, id), el señor Roberto Bonnet concedió a la Compañía de Petróleos Shell de Colombia "el derecho a explotar para ésta y con exclusión de cualquiera otra persona, el petróleo que se encuentre o pueda encontrarse en el suelo o el subsuelo" de la hacienda denominada "La Florida", ubicada en el municipio de San Lorenzo, hoy Armero, del Departamento del Tolima y que linda así:....." Se hace en seguida la transcripción literal de los linderos ya conocidos de aquel inmueble, dejándose expresa constancia de que del contrato sobre exploración y explotación de petróleos queda excluído el lote que con anterioridad había vendido el exponente Bonnet al señor Rafael González, según la escritura anteriormente relacionada (fs. 23 a 23 v.)

III. Prescripción por explotación económica

De acuerdo con las afirmaciones de la Compañía avisante, las tierras conocidas antiguamente con el nombre de "La Laguna" constituyen un globo general que encierra el que fue materia de la merced concedida a Mena y Loyola en 1652, como también los inmuebles llamados "Méndez" y "La Florida".

Ahora bien, la misma Compañía, al alegar la prescripción por explotación económica del inmueble materia de este juicio, hace expresa referencia a las precitadas tierras de "La Laguna" como las que fueron objeto de los principales actos constitutivos de aquella explotación, quedando por ende comprendidas también las tierras de Méndez y La Florida.

De consiguiente, la Sala considera necesario ocuparse ahora de lo que a la determinación de La Laguna se refiere, a efecto de constatar, como cuestión previa, si aparece debidamente determinado el inmueble materia de los actos constitutivos de la precitada explotación económica. Porque es obvio que primero está saber cuál es el terreno ganado por la justa prescripción, y sabido esto, será entonces procedente entrar a calificar el valor jurídico de los actos que se aduzcan como base de la explotación económica, originaria a su vez de la justa prescripción, según las doctrinas de la Corte citadas por el avisante. Sobre el particular se tiene lo siguiente:

Las tierras de La Laguna

1. El documento más antiguo en que se hace expresa referencia a las tierras conocidas con el nombre de "La Laguna", es el contentivo de la información testimonial producida en el año de 1709 a solicitud de don Juan Arciniegas Rangel, documento que tuvo oportunidad de examinar la Sala al referirse a la merced concedida en 1652 al Gobernador Gaspar de Mena y Loyola.

Como entonces quedó expresado, la referida información fue solicitada con el objeto de acreditar que el peticionario Arciniegas Rangel era poseedor desde mucho tiempo atrás de **"la tierra y hacienda de La Laguna"**, la cual estaba compuesta de "cuatro estancias de ganado mayor y seis de pan cojer", según la afirmación del mismo Arciniegas.

Ahora bien: a la luz de la información testimonial en referencia, podrá estimarse debidamente determinada lo que los testigos llaman "la tierra y hacienda de La Laguna"? La Sala se pronuncia por una contestación negativa a este interrogante, ya que los testigos no fueron lo suficientemente explícitos al referirse a los linderos de dicha hacienda, y por cuanto con el auxilio de las constancias procesales no es posible la identificación de algunos de los puntos de referencia de tales linderos.

En efecto: El testigo Juan Rodríguez, cuya declaración es la más completa sobre el particular, afirma que las tierras de La Laguna se extendían río

arriba de La Sabandija, hasta la quebrada de Cetare, y "desde la boca de la dicha quebrada de Cetare, corriendo por la falda de abajo, que llaman de los Peñones, lindando con tierras de Gaspar del Sas hasta la boca de otra quebrada, nombrada la Cimarrona; y de allí, echando la mira por bajo de un cerro llamado La Teta, hasta dar donde entra en el rio viejo de La Lagunilla, cogiendo rio viejo abajo hasta dar donde entra en el rio grande de la Magdalena; y de allí rio grande abajo, hasta donde vivía un pardo, llamado Andrés de Bocanegra....." (fs. 8 v. c. núemro 3).

Los precedentes linderos no ofrecen dificultad en cuanto a la localización del río Magdalena, el Sabandija y el río viejo de la Lagunilla. Empero, no se trata de un perímetro cerrado, ya que no se tiene información sobre los demás puntos de referencia de los mismos linderos, tales como falda de los Peñones, las tierras de Gaspar del Sas, el cerro llamado La Teta, y las quebradas Cetare y Cimarrona.

El testigo Atanasio Esquivel señala estos linderos: ".....desde la boca de la Sabandija, rio arriba, hasta la boca de la quebrada que llaman de Cetare, que se desagua en dicho rio de la Sabandija; y de allí, por la falda de los Peñones, lindando con tierras de Gaspar del Saz, hasta la boca del monte de otra quebrada nombrada Cimarrona, y toda la demás tierra que se señala en dicho apuntamiento....." (fs. 9 v.) Como se ve, el testigo sólo cita una parte de los linderos, coincidiendo en esta parte con los referidos por Juan Rodríguez.

La declaración de Bartolomé de los Reyes Portillo contiene algunos puntos de referencia distintos de los citados por Esquivel y Rodríguez, ya que el primero manifiesta que la Laguna estaba comprendida ".....desde la boca de la quebrada que llaman **Zamba** que desagua en el rio de la Sabandija, hasta dar en la boca de Cetare y alto de la Cimarrona...." Luégo agrega este otro lindero: ".....dichas tierras vido poseer y alcanzan dende la Teta, que así se llama el cerro hasta la boca de la quebrada que llaman Mojabobos....." (fs. 12, id.)

Tampoco se cuenta en el proceso con información que permita identificar inequívocamente las quebradas conocidas con los nombres de "Zamba" y "Mojabobos".

En síntesis, con base en la información testimonial en referencia a lo sumo puede admitirse que las tierras de La Laguna consistían en un globo de terreno ubicado en la zona limitada por los ríos Magdalena, Sabandija y Lagunilla. Pero se carece de la información complementaria que ponga de relieve cuáles eran en realidad dentro de esa zona los demás linderos que singularizaban esas mismas tierras en el año en que tal información se produjo, esto es, en 1709.

2. A fls. 150 v. a 157 del c. número 1, obra copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, de la actuación referente a las acciones posesorias seguidas entre **José Crespo Malo** y Diego Masuca, relacionadas con **"las tierras** y haciendas de campo que quedaron por fin y muerte de doña Juana Gayón, en **el sitio de La Laguna,** jurisdicción de la ciudad de Tocaima....." De la referida actuación es oportuno transcribir lo siguiente:

"Muy poderoso Señor. — Juan Vicente Sánchez de León, procurador del número de esta Real Audiencia en nombre de don Joseph Crespo Malo, vecino de la ciudad de Mariquita y en virtud de su poder en mí sustituído que presento con la solemnidad necesaria, parezco ante Vuestra Alteza y digo: que habiendo mi parte en pública subastación comprado las tierras y hacienda de campo que quedaron por fin y muerte de doña Juana Gayón, en el sitio de la Laguna, jurisdicción de la ciudad de Tocaima, como consta de los instrumentos que solemnemente presento y corre dicho remate a fojas 35 de ellos y la posesión a fojas 46, y habiendo ganado Despacho don Diego Masuca como lindante con mi parte, y no conteniéndose en los límites de sus linderos....., se ha de servir vuestra Alteza de librarme su Despacho de amparo y manutención de la posesión, que mi parte y demás sus actores han tenido según sus títulos.....". (fs. 150 v. a 151, id)

A la precedente solicitud recayó el auto siguiente: "VISTOS. Líbrese Despacho cometido a las justicias de la ciudad de Tocaima las que ampararán a esta parte en la posesión en que estaba antes del Despacho librado a Don Diego Masuca arreglandose a los instrumentos presentados; y su las partes tuvieren que deducir lo harán ante dichas justicias.— Hay dos rúbricas. Proveyose por los señores Virrey, Presidente y Oidores de la Audiencia y Chancillería real de su Majestad, licenciado don Andrés Verdugo y Oquendo, don Joaquín de Aorstegui y Ecoto, oidores, en **Santafé a nueve de octubre de mil setencientos cuarenta y cuatro años.** DOCTOR OLARTE. (Rúbrica)".

En el curso de la controversia el apoderado de Diego Masuca formuló un pedimento en el sentido de que "se suspenda el Despacho mandado librar al dicho don Joseph Crespo y que se junten los instrumentos de cada parte y se haga relación sobre todo mediante a que a mi pedimento estar mandada hacer de las diligencias que tengo presentadas pidiendo de ellas aprobación....." (fs. 152 v.)

La anterior solicitud fue decretada de conformidad, según aparece del auto siguiente: "Vistos: sus-

péndase el Despacho mandado librar en auto del nueve del corriente y dese traslado a la parte de don Joseph Crespo Malo de los instrumentos presentados y deducido por la de don Diego Masuca. Hay dos rúbricas. — Proveyóse por los señores Virrey, Presidente y Oidores de la Audiencia real de su Majestad en Santafé a **treinta de octubre de mil setecientos cuarenta y cuatro años**....." (fs. 152 v., id.)

Viene a continuación una solicitud del apoderado de Joseph Crespo Malo, en la que se lee: "Juan Vicente Sánchez de León, procurador del número de esta Real Audiencia y apoderado de don Joseph Crespo Malo, vecino de la ciudad de Mariquita, en los autos sobre tierras con don Diego Masuca, respondiendo al traslado que se me ha dado de pedimento del dicho, con los instrumentos presentados, digo: que vuestra Alteza se ha de servir y se lo suplico de confirmar el auto de veinte y cinco de septiembre de este presente año, en que se ampara a mi parte en la posesión que tenía antes de librado el Despacho a favor de dicho don Diego Masuca, arreglándose las justicias a los títulos de mi parte, lo que tiene lugar por lo que de los autos resulta, general y siguiente. — Y porque no teniendo mas derecho dicho Masuca, que el que tuvo Francisco de Abreu y doña Feliciana....., por lo que ni el derecho del tanto que ha pretendido le pertenece, ni las demas tierras en que intenta introducirse, pues la dicha escritura de dicha doña Feliciana, manifiesta que las dos estancias lindan con las tierras de doña Juana Gayón, de que se infiere la antigua posesión de ésta y que dichos Abreu y don Julián Delgado no tuvieron mas tierras ni posesión que las que llegaron a lindar con La Laguna, hasta el cerro del Guacamayero vertientes del Buenos Aires y rio de la Sabandija....." (fs. 153, id.)

Sigue otra solicitud del mismo apoderado de José Crespo Malo, en la que demanda que se ampare a su poderdante "en la posesión de sus tierras", manifestando, entre otras cosas, lo siguiente: "....Y por que no habiendo recaído mas derecho a dicho Diego Masuca que el que hubo en las dos estancias que vendió doña Feliciana Jaramillo, al doctor don Joseph Osorio, como mujer que fue la dicha de Francisco Abreu, ni constar en los instrumentos presentados tener derecho a otras ni título de propiedad con que lo califique, se hace sin duda incontestable el derecho de mi parte, con la posesión pacífica que ha tenido sus actores, y **en que sucedió mi parte por remate que se le hizo de dichas tierras según las había poseído doña Juana Gayón**....." (fs. 154).

En el curso del litigio se dictó luégo este otro auto: "Vistos. Apruébase la posesión dada a don Diego Masuca por el Alcalde ordinario de la ciudad de Tocaima don Francisco Garzón en las tierras de la Tasajera, San Lorenzo y Lagunilla; y en cuanto a las de Santo Domingo y **La Laguna** se libre Despacho cometido a las justicias del distrito **para que restituyan** a don Andrés Ramos Sarmiento y don **Joseph Crespo Malo a la posesión en que se hallaban** antes de la dada al dicho don Diego Masuca. — Proveyóse.... en Santafé a **quince de enero de mil setecientos cuarenta y cinco años**....." (fs. 154 v.)

La controversia no concluyó con el auto precedente, pues luégo aparece una nueva solicitud del apoderado de José Crespo Malo, en la que manifiesta: '.....que como consta del despacho que presento en debida forma habiendo seguido litigio en esta real Audiencia, que tenía el gobierno para esta materia, con don Diego Masuca sobre las **tierras y términos de la hacienda de La Laguna,** que posee mi parte por autos de vista y revista, se ejecutorió debe ser restituído dicho don Joseph a la posesión en que se hallaba antes de la posesión que se había dado a la parte contraria, en cuya virtud fue restituído por don Ambrosio Arias Bahamonde el año pasado de mil setecientos cuarenta y cinco, y porque sin embargo de dicha ejecutoria el expresado don Diego pretende turbar nuevamente a mi parte y introducirse dentro de sus linderos con usurpación de lo que no le pertenece....., se ha de servir vuestra Excelencia de mandar se libre Despacho cometido a cualquiera de las justicias del distrito, para que notifique al referido don Diego Masuca que arreglándose a dicha ejecutoria, la que pido se me vuelva original, y a la posesión que se dio en el citado año, no moleste ni inquiete a mi parte y se contenga en los términos que en la ocasión se señalaron debajo de la pena conveniente para que tenga efecto....." (fs. 155 v.)

En relación con la solicitud precedente se dictó este auto: "Santafé y enero 15 de 1751. Líbrese despacho para que en conformidad de lo ejecutoriado se le notifique a don Diego Masuca, no inquiete al suplicante en la posesión que se le tiene dada arreglándose a sus linderos, pena de doscientos pesos. Hay dos rúbricas. PEREIRA" (fs. 155 v.)

Como Diego Masuca opusiera algunos recursos dilatorios con el ánimo de impedir el cumplimiento del auto precedente, según aparece de otra solicitud formulada por el apoderado de Crespo Malo, se dictó entonces esta otra providencia: "Santafé y abril 20 de 1751. Vistos: se declara deberse cumplir y guardar lo ejecutoriado en auto de quince de febrero de mil setecientos cuarenta y cinco y consiguientemente deberse amparar a don Joseph Crespo en la posesión que en su conformidad le corresponde, sin que obste en manera alguna cualquiera otra posteriormente intentada por don Diego Masuca, a quien se le

condena en las costas. Hay dos rúbricas. PEREIRA....." (fs. 156 v.)

Con el auto precedente y algunas constancias sobre notificación a los interesados termina la actuación referente a las acciones posesorias de que se ha hecho mérito.

En relación con el documento que acaba de examinarse, la Sala observa:

a) El amparo de posesión decretada en 1745 y 1751 en favor de José Crespo Malo se refiere a "las tierras y hacienda de campo que quedaron por fin y muerte de doña Juana Gayón, **en el sitio de La Laguna, jurisdicción de la ciudad de Tocaima**....." Este es la única referencia expresa y concreta que se hace a las tierras poseídas en aquella época por José Crespo Malo, sin que en la actuación correspondiente se hubieran consignado los linderos que singularizaban dicho inmueble.

b) A excepción de doña Juana Gayón, se ignora cuáles otras personas poseyeron las mismas tierras con anterioridad a don José Crespo Malo. Se sabe que éste fue amparado en la posesión de aquéllas en vista de los "instrumentos originales" que presentó en apoyo de su acción, instrumento en los cuales posiblemente debía aparecer el nombre de sus antecesores en la posesión de las tierras en referencia. Tales títulos debieron tenerse a la vista para decretar el amparo, pero a solicitud del apoderado de Crespo Malo, le fueron devueltos "sin quedar copiados", una vez despachada favorablemente la acción posesoria en 1745, según aparece de constancias expresas dejadas en la actuación correspondiente (fs. 151 v. c. número 1).

c) Se ignora por consiguiente si entre los poseedores de las tierras de La Laguna antes de poseerlas José Crespo Malo, figura alguna de las personas que se citan con el mismo carácter en la información testimonial producida en 1709 a solicitud de Juan de Arciniegas Rangel, y que como se vio antes, dice relación también a un globo de tierra conocido con el nombre de "La Laguna", ubicado en jurisdicción de Tocaima y singularizado por linderos que aunque bastante imprecisos, al menos permite concluír que se trataba de tierras situadas en la zona comprendida entre los ríos Magdalena, Sabandija y Laguníllia. En estas circunstancias, se carece de un elemento esencial para establecer la identidad entre unas y otras tierras a la sola luz de la información testimonial de 1709 y la actuación correspondiente a las acciones posesorias promovidas por José Crespo Malo treinta y cinco años más tarde.

d) Aun aceptando, en gracia de discusión, que se trate en realidad de un mismo inmueble, en nada se modifica hasta ahora la conclusión de la Sala respecto a la indeterminación de las tierras de La Laguna. De consiguiente, debe continuarse en el examen de los demás documentos pertinentes, con el objeto de constatar si en ellos se encuentra la información que se echa de menos en los hasta aquí examinados.

3. A fls. 40 v. a 41 del c. número 3, obra copia de la escritura otorgada en Mariquita el trece de agosto de 1760, ante el respectivo Escribano público, por la cual Liverata Bohorques hace "gracia y donación pura, perfecta de las que dro llama ynterbibos e irrebocable al doctor don Fernando Diaz de Escandon, presbítero.....", del derecho de "Patronato de la Capellanía que fundaron (roto)..... ca González y Iu·n Marin **sobre las tierras de la LAGUNA**..."

Es muy poco lo que puede sacarse en limpio de la precedente escritura, pues sobre estar el respectivo original "bastante apolillado y destruído", según advierte el funcionario que expidió la copia, no aparecen en ésta los linderos de las tierras materia del patronato cedido a Diaz de Escandon, ni referencia alguna sobre su ubicación.

4. A fls. 41 v. a 43 v. del mismo cuaderno, obra copia contentiva de lo que aparece ser el testamento otorgado por Fernando Díaz de Escandón en el año de 1770. El respectivo original se encuentra bastante apolillado y borrado, según la advertencia del funcionario que autoriza la copia, de tal suerte que ésta es prácticamente ilegible. En todo caso, pueden destacarse de ella estos datos:

El testamento se otorgó en el sitio de El Guayabal. jurisdicción de Mariquita, y al hacer la relación de bienes, dice el testador: "Ttt-n declar-o que soy Capellan de otra Capellania..... por nombramiento que me hizo **Liberata Bohorquez** la que está sobre la **hacienda y tierras de la LAGUNA** que poseyó Dn. Crespo mi cuñada....."

No se consignaron los linderos de las tierras de La Laguna.

De consiguiente, del testamento en referencia sólo puede inferirse que las tierras de la Laguna en él relacionadas son las mismas cuyo derecho de patronato cedió Liberata Bohórquez al testador Díaz de Escandón en el año de 1760.

5. A fls. 25 a 28 del c. número 3 obran copias de varias piezas pertenecientes a la mortuoria de Bernarda Díaz de Escandón, en las cuales aparece: 1º El testamento otorgado por dicha señora, en Mariquita, el día 25 de agosto de 1770, ante el Escribano público Toribio Fernández de Castañeda. En este acto de última voluntad la testadora manifesta, entre otras cosas, lo siguiente: que fue casada "y velada según orden de nuestra Santa Madre Iglesia con don Joseph Crespo Malo, ya difunto de cuyo matrimonio

tuvimos y procreamos nuestros hijos legítimos a Da. Maria Manuela. Don Jo(roto) n doña María (roto) está (roto) ilesio de menor edad, don Fernando, Felix, doña María Josepha u doña María Dionisia Crespo Malo"; que "dcho mi marido difunto compró en pública subastación de los bienes de DOÑA JUANA GAION MI TIA LA HACIENDA QUE LLAMAN DE LA LAGUNA EN JURISDICCION DE TOCAIMA CON ganados vacunos cabalgares y mulas y demas bienes que por dcho remate se hallaran a que me remito.....": que "para cumplir y pagar este mi testamento mandas y legados en él contenidos (roto) crio y nombro por mis herederos del remanente de todos mis bienes Derechos y acciones y futuras subsesiones que en cualquier manera me permenescan o puedan pertenecer a los dchos mis cinco hijos para que lo gosen con bendición de Dios y la mia y nombro por mis Alvaceas testamentarios fideicomisarios a don Isidoro Galvan a (roto) Diego Diaz y (roto) don mi hermano y a **don Joaquin Crespo Malo mi hijo a todos** tres juntos a cada uno de por si Insolidum para que entren en mis bienes y dispongan de ellos con beneficio de inventario o sin ellos y les prolongo el mas tiempo que necesitaren pasado el año fatal de el Alvaseasgo....." (fs. 25 a 26 v.)

2º Aparece en las mismas copias el inventario de los bienes correspondientes a la referida mortuoria de la señora Díaz de Escandón. Allí están inventariados, entre otros, "LAS TIERRAS DE LA LAGUNA con sus títulos.....": y

3º El avalúo de los bienes de la misma mortuoria, en el cual consta: "En la ciudad de Mariquita en doce de marzo de mil sts. setenta y tres años. Para proseguir el avalúo de los vienes que quedaron por fin y muerte de Da. Bernarda Diaz de Escandon su merced el Sr. Dn. Miguel Carrasco, Alcd. ordinario con asistencia de los Abaluadores Alvaseas y defenzor se fueron prosiguiendo de la manera siguiente: ..... Ittn. Abaluaron LAS TIERRAS DE LA LAGUNA POR LO QUE CONSTASEN DE SUS TITULOS ..... 342. 4 — ....." (fs. 28 id.)

En el documento que acaba de examinarse no aparecen los linderos de las tierras de La Laguna, a las cuales se hace referencia en el testamento de la señora Díaz de Escandón y posteriormente en los inventarios y avalúos correspondientes a la mortuoria de la misma señora. De tal suerte que subsiste la indeterminación del inmueble.

Empero, la información contenida en el mismo documento pone de relieve que las tierras de La Laguna a que allí se hace referencia vienen a ser las mismas que fueron materia del amparo de posesión decretada en 1745 en favor de José Crespo Malo, ya que la precitada testadora Díaz de Escandón, luégo de manifestar que fue casada con aquél, agrega que "dcho mi marido difunto compró en pública subastación de los bienes de Doña Juana Gaion mi tia la hacienda que llaman de la Laguna en jurisdicción de Tocaima.....", referencia ésta que concuerda con la que hizo en los siguientes términos el apoderado de José Crespo Malo al intentar el amparo de posesión aludida: ".....que habiendo mi parte en pública subastación comprado las tierras y hacienda de campo que quedaron por fin y muerte de doña Juana Gayon, en el sitio de La Laguna, jurisdicción de la ciudad de Tocaima....."

Debe advertirse, por último, que uno de los llamados a recoger la herencia de doña Bernarda Díaz de Escandón, fue su hijo legítimo Joaquín Crespo Malo, según los términos expresos que en el particular aparecen en el testamento de aquélla.

6. A fls. 128 v. a 149 del c. número 1, obra copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, de parte del expediente relacionado con la "ejecución contra don José Joaquín Crespo Malo por deuda de las temporalidades de Santafé de 437 pesos 1 y ½ reales: Resulta de la fianza que sobre las tierras de La Laguna hizo a don José Gabriel del Hoyo". De este documento es oportuno destacar los siguientes datos:

a) Poder conferido por José Joaquín Crespo Malo: "En el pueblo de Rioseco, jurisdicción de la villa de Honda comprensiva de la provincia de la ciudad de Mariquita, en veinte y cinco dias del mes de mayo de este presente año de mil setecientos setenta y cuatro: ante mi Jose Armenio, alcalde, juez ordinario y testigos con quienes actúo por ausencia del Escribano, pareció presente don José Joaquin Crespo Malo, vecino de ella, a quien certifico conozco en la manera que puedo y debo y dijo: que por el tenor del presente y en la via y forma que mas haya lugar da y otorga su poder cumplido el qué de derecho se requiere y es necesario a don José Gabriel de Hoyos, vecino de la ciudad de Ibagué, para que en su nombre de el otorgante y representando su propia persona le pueda obligar y oblique como principal o como fiador o llano pagados a favor de la real Hacienda, y especial y señaladamente por lo perteneciente a Temporalidades, en la cantidad de tres mil patacones; y para el seguro de dicha cantidad obliga su persona y bienes presentes y futuros, sin que esta general, derogue la especial, **nombra y señala por especiales hipotecas las tierras de sabana y pan coger que llaman La Laguna,** distantes una legua de este pueblo; que comprenden tres caballerías, su valor intrínseco de doscientos pesos cada estancia y comprendiéndose en el globo veinte y cuatro estancias, asciende su valor a la presente a cuatro mil y ocho-

cientos patacones, las cuales tierras son suyas propias, libres y sin ningún gravamen....." (fs. 129).

b) Entre las diligencias referentes a la ejecución contra don Joaquín Crespo Malo, figura la relativa al requerimiento que se le hizo para que pusiera de manifiesto "bienes equivalentes para trabar la ejecución", habiendo denunciado aquél **"las tierras de la Laguna que tiene en jurisdicción de Tocaima** las que como tiene expuesto por sus anteriores representaciones han resultado con el gravamen de dos mil quinientos veinte y cinco pesos de capellania en favor de el doctor don Jeronimo Lee de Florez como consta por la sentencia de los señores de la real Audiencia....."

c) La ejecución estuvo a conocimiento de las autoridades administrativas de las reales cajas matrices de Santafé, cuyo fiscal formuló el siguiente pedimento: "..... Que teniendo en el día mayor valor las tierras que en el tiempo pasado, pueden caber las anteriores hipotecas que tenían las fincas, que obligó don José Joaquín Crespo, en favor de las Temporalidades. Para que esto se indague y no se aventure el cubierto de la Renta, con reserva del derecho Fiscal para todas las otras acciones que le competen, pide que vuestra merced se sirva mandar Despacho comisionando a las justicias del territorio donde se halla la hacienda de La Laguna, para que precediendo vista de ojos y reconocimiento de peritos, se avalúe y se dé cuenta con las diligencias. — Santafé, agosto 23 de 1791" (fs. 136 v.)

d) El anterior pedimento del fiscal de las reales cajas matrices se decretó de conformidad el 12 de septiembre de 1791. Y en relación con el cumplimiento que se diera a la providencia en que se ordenó la referida "vista de ojos", existen estas constancias: "Lagunilla y noviembre 29 de 1791. — Por recibido el Despacho de los señores oficiales reales de la corte de Santafé, e impuesto de su contenido y del proveído a su consecuencia por el señor alcalde ordinario de la ciudad de Tocaima, don Marcos Vela, debía mandar, y mandó se le dé por mi su debido cumplimiento, pasando a este efecto a las tierras nombradas de La Laguna, donde tiene su hacienda don Joaquin Crespo Malo; y nombrando dos sujetos prácticos e inteligentes se haga vista de ojos de ellas, reconozcan y avalúen por éstos, y evacuadas estas diligencias se devuelvan a dicho señor alcalde ordinario: asi lo provei, mandé y ifrmé en obedecimiento, yo don Antonio de Orjuela, alcalde este dicho partido de Mendez y Sabandija, actuando con testigos por falta de escribano....." (fs. 137). Este funcionario designó como "veedores", reconocedores y avaluadores de estas relacionadas tierras de La Laguna", a don Juan Bautista Perdomo e Isidro Cano Saavedra. La diligencia de inspección, reconocimiento y avalúo se practicó el dia primero de diciembre de 1791, con el resultado que indica el acta siguiente: "..... En conformidad de lo mandado yo dicho juez comisionado acompañado de los peritos sali juntamente con los testigos que son presentes al reconocimiento de estas dichas tierras, a pie por ser dificultoso andarlas a caballo, impidiéndolo lo fragoroso, aspero y montuoso de ellas; y desde sus altos cerros las fuimos mirando y reconociendo en cuya diligencia se ocupó todo este dia registrando dichos reconocedores observaron que en todo su globo la mayor parte de ellas son inútiles por su abundancia de riscos y montañas ásperas y faltas de agua por cuyos defectos se regulan por incultas e inhabitables y por consiguiente de poco o ningún valor, por cuyas causas solo dan el valor a todas ellas de la cantidad de ochocientos pesos con lo cual se concluyó la presente diligencia....." (fs. 137 v.)

e) En el año de 1792 se llevó a cabo un nuevo reconocimiento y avalúo de las tierras de la Laguna, diligencia para la cual fue comisionado el alcalde del partido de Ambalema. El 30 de mayo de dicho año se llevó a cabo el justiprecio de las referidas tierras, con el siguiente resultado: ".....Item avaluaron un globo de tierra vasto que por lo muy montuoso y abundante de riscos no se puede andar ni aún la mitad y que este globo comprendé de largo desde la zanja de La Salada hasta la boca del rio Sabandija que entra a la Magdalena; cuyos linderos son desde Peñas Blancas mirando al cerro de Buenos Aires, y de dicho cerro al desemboque de la quebrada de Cetare en el rio de Sabandija; y cogiendo Sabandija abajo al desemboque del rio de la Magdalena; y despues cogiendo Magdalena arriba hasta la quebrada de la Camiseta; y de dicha quebrada de la Camiseta hasta la zanja de La Salada, según con más distinción consta de sus instrumentos, bajo de cuyos linderos se halla el citado globo de tierra, el que justipreciaron en mil pesos por ser también bastante falta de agua. Con lo cual y no habiendo mas bienes que justipreciar se cerró esta diligencia, y por que conste la firman conmigo dicho juez comisionado y testigos por falta de escribano de que certifico. Fernando de Ybargoytia. Mateo Centeno. Eusebio Francisco de la Peña. Testigo, Juan Esteban Ramírez Galvis. Testigo, Juan Feliciano de Orjuela. (Rúbricas)....." (fs. 141 v., id).

f) Posteriormente el mismo alcalde comisionado hizo pregonar las referidas tierras de La Laguna, lo que se verificó durante los meses de septiembre y octubre de 1793, existiendo la siguiente constancia en relación con el pregón que se dió el dia 22 de octubre de dicho año: "En veinte y dos de octubre de

mil setecientos noventa y tres años, yo el juez comisionado habiendo hecho dar el pregón de esta fecha en los mismos términos que los anteriores, compareció el señor alcalde ordinario de segundo voto de la ciudad de Tocaima don Pedro Josef Perea, y hizo postura a las tierras de la hacienda de La Laguna y bienes que constan embargados y avaluados, en la cantidad de mil pesos; cuya postura se le admitió por este juzgado y para que en todo tiempo conste la firma conmigo el juez y testigos con quienes actúo por falta de escribano de que certifico, fecha ut supra. Fernando Ybargoitia. Pedro Josef Perea. Testigo, Agustin Pinzon. Testigo, Antonio Fermin Zárrate". (Rúbricas)....." (fs. 143 v., id.)

g) Las tierras de La Laguna fueron también pregonadas en la ciudad de Mariquita, diligencia que se practicó por el escribano de esta ciudad en el mes de octubre del mismo año de 1793, constando lo siguiente respecto al último de los pregones correspondientes: "..... En treinta de octubre de mil setecientos noventa y tres, yo el escribano mandé dar otro pregón para concluir estos pregones de los bienes y tierras de don Joaquin Crespo de que certifico no resultó ningún postor a ellos lo que pongo por diligencia para que conste. Romero, Escribano. (Rúbrica)....." (fs. 147 v., id.)

h) Pedro Josef Perea fue el único que hizo postura en el curso de los pregones dados en Ambalema en relación con las tierras de la Laguna, según aparece de la constancia anteriormente transcrita. Empero, se ignora si al fin se llevó a cabo el remate de dicho inmueble, ya que la actuación correspondiente termina con la nota y el auto que se copian en seguida, de los cuales nada se infiere en relación con la manera como culminara la última etapa de la ejecución seguida contra don Joaquín Crespo Malo:

"... NOTA: que en virtud de orden de su Excelencia **se mandó suspender el remate de la hacienda de La Laguna,** a la que tiene hecha postura don Pedro Josef de Perea, y a su nombre Manuel García con calidad de enterar lo que corresponda al ramo de Temporalidades, dentro del término de cuatro meses, cuya proposición admitió su Excelencia, pero que asegurara esta cantidad, en cuyo acto se expresó el citado Procurador no tener los poderes necesarios para lo que se le concedieron quince días de término que debe correr desde hoy dia de la fecha, para que lo solicite de su poderdante. Y para que conste pongo la presente en Santafé a veinte y uno de abril de mil setecientos noventa y cinco. Juan Nepomuceno Franqui. (Rúbrica)....." — ".....Santafé y mayo 28 de 1796. Vistos: **Respecto de hallarse en suspenso el remate** en virtud de lo que expresa la antecedente nota, pasen los autos con oficio al Excelentísimo señor Virrey para que se trate del cumplimiento de la proposición hecha por el Procurador Manuel García. Hay dos rúbricas. Ronderos. Ante mí, Franqui....." (fs. 149, id.)

El documento que acaba de examinarse no contiene datos que vengan a colmar los vacíos que se advierten en los linderos de las tierras de La Laguna, subsistiendo, por ende, la indeterminación de las mismas. En efecto:

Es verdad que en la diligencia de reconocimiento y avalúo del inmueble practicada en 30 de mayo de 1792, se dejó constancia de su alinderación general. Empero, se citan en ésta algunos puntos de referencia cuya identificación no se logra a la luz de las constancias procesales. Esto acontece con los sitios que los avaluadores llaman "Peñas Blancas", "Cerro de Buenos Aires" y "Zanja de la salada". Tampoco están identificadas en el proceso las quebradas que aquéllos denominan "Cetares" y "Camiseta". Los únicos linderos arcifinios inconfundibles e identificables sin dificultad, son el río Sabandija y el Magdalena. Pero, como es obvio, estos dos linderos en manera alguna son suficientes en orden a establecer la determinación precisa del inmueble llamado "La Laguna".

7. A fls. 127 a 127 v., obra copia de la escritura de 4 de octubre de 1775, cuyo original "se encuentra completamente deteriorado y apolillado", según lo advierte el funcionario que la expidió. Se trata por lo mismo de un documento de difícil lectura, que no permite saber con certeza qué fue lo que en él se expresó. Con todo, parece que por dicha escritura la señora Bernarda Díaz Escandón dio en arrendamiento a su hermano don Hernando Díaz Escandón "un pedazo de tierra de pancoxer y ganado (roto) que estoy poseyendo y poseyó Don Joseph Crespo (roto) en jurisdicción de Thocaima qe. sus linderos (roto) desde la voca de la quebrada de Anattó corriendo por la orilla del rio Sabandija, hasta su entrada en el rio grande de la Magdalena, siguiendo dho rio arriba pr. la ju ((roto) de Thocaima hasta el peñón de Chaguani, frontero al Puerto en la cavesera, y Brazuelo siguiendo desde (roto) hasta el farallon alto que está enfrente de dho rio (roto) corriendo por dho farallon hasta topar con la dha quebrada Anatto....." (fs. 127, id.)

Dadas las referencias a los ríos Sabandija y Magdalena, y apareciendo como arrendadora la señora Bernarda Díaz de Escandón, esposa que fue de uno de los primeros dueños del inmueble "La Laguna", bien puede aceptarse que el precitado contrato de arrendamiento se refirió a dicho inmueble, o por lo menos a una parte de él, ya que se citan puntos de referencia que posiblemente estaban en el interior

de tales tierras, como por ejemplo la quebrada Anatto, el peñón de Chaguaní, y Brazuelo. Pero estos nuevos linderos en nada contribuyen a corregir la indeterminación que se advierte en cuanto al globo general de "La Laguna".

8. Mediante escritura de 8 de mayo de 1809, otorgada en Mariquita ante el respectivo escribano público, don José Joaquín Crespo Malo, manifestando ser hijo legítimo de legítimo matrimonio de don José Crespo Malo natural de los Reynos de España y de doña Bernarda Díaz de Escandón difuntos" confirió poder a don Miguel Navarro y Guerra, "para que en su nombre, y representando su persona formalise y ordene dentro del término legal, su testamento y última voluntad.....' En el mismo instrumento contentivo del poder se encuentra inserta esta otra declaración del otorgante: ".....Y del remanente de todos mis bienes muebles, rayces derechos y acciones, ynstituyo por sus unibersales herederas a Luisa Crespo y a Feliciana hambas..... (ilegible) hijas naturales para que por su orden y grado deban heredarle para que los hayan con arreglo a lo que man dan las Leyes de estos Reynos....." (fs. 125 a 125 v. c. número 1).

9. Don Miguel Navarro y Guerra, actuando como apoderado de don José Joaquín Crespo Malo, formalizó el testamento de éste mediante escritura de 2 de septiembre de 1809, otorgada en Mariquita ante el Escribano público de esta ciudad. Refiriéndose posiblemente a las instrucciones que en vida le diera su poderdante, el apoderado Navarro y Guerra manifestó: ".....Me comunicó por vienes suyos.... (roto) que se h..... (roto) ..... con fierro de errar, y Bestias, y caza que..... (roto) ..... en los ATICOS DE LA LAGUNA....." Luégo manifestó el mismo apoderado: "..... Me comunicó que eran vienes suyos unas tierras que poseya del **Pueblo de Mendez** cuyos vesinos estan obligados a pagarle el terraje....." Nada se sabe sobre la manera como el señor Navarro y Guerra dispusiera de los bienes de su poderdante, de acuerdo con el poder que al efecto le confirió.

En relación con las dos escrituras que acaban de examinarse, la Sala observa:

Que ninguno de los dos documentos contiene información alguna respecto a los linderos de las tierras de La Laguna, de tal suerte que la indeterminación de éstas subsiste como en las escrituras precedentes.

Con las dos escrituras inmediatamente anteriores concluye la serie de documentos relacionados con la antigua finca de "La Laguna". A la luz de la información contenida en tales documentos no es posible admitir que dicho inmueble aparezca determinado con la precisión que requiere la ley y que debe ser base nidispensable, como ya se dijo, para que se pueda entrar en el examen del valor jurídico de los actos en que el avisante hace consistir la prescripción por explotación económica del inmueble en mención.

A igual conclusión ha de llegarse por lo que hace a las fincas de "Méndez" y "La Florida", pues ya quedó visto cómo éstas tampoco aparecen debidamente determinadas en el proceso. La indeterminación de los linderos de estos dos inmuebles, que impide a la Corte entrar en el examen de fondo del derecho de propiedad alegado sobre ellos, constituye a la vez un obstáculo que no permite la calificación jurídica de los actos en que se hace consistir la explotación económica de tales inmuebles.

Apenas habría que agregar que si al través del expediente se vislumbran algunas alinderaciones arcifinias, ellas no bastan para lograr una completa determinación, porque, por una parte, se anotan las deficiencias que se han mencionado en la motivación de este fallo, y por otra, no es posible señalar una localización topográfica, para la cual habría sido indispensable una diligencia de inspección ocular. Sin la confrontación de los linderos escriturarios en el terreno de la realidad geográfica, queda el problema en la región retórica.

Las anteriores consideraciones son más que suficientes, en sentir de la Sala, para poner de manifiesto que de acuerdo con la ley no se pueden declarar fundadas las pretensiones de la Compañía avisante en el presente juicio.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia en el aviso de exploración de que da cuenta este expediente.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

AVISO DE EXPLORACION DE PETROLEOS. — DETERMINACION DEL DOMINIO DE PARTICULARES. — SIGNIFICACION DE LA PALABRA "TITULO".—MERCED, COMPOSICION Y VENTA DE TIERRAS

1. — La Corte ha creído, y así lo ha dicho al hablar de adjudicaciones antiguas, que la determinación del dominio de particulares bien puede resultar del establecimiento de los linderos, bien de las medidas de las tierras, o bien de las constancias inequívocas dejadas en juicios posesorios, etc. Lo importante es que las tierras que se dicen de dominio privado se puedan distinguir de las demás de manera inconfundible.

2.—La palabra TITULO tiene una doble acepción: se puede tomar como sinónima de fuente de obligación, y en ese sentido se habla del título de venta, del de permuta, del de donación, etc. Significa también documento o instrumento, y en ese sentido se habla del otorgamiento de título, cesión de título, etc. Cuando el artículo 7º de la ley 160 de 1936 dispone que el Ministerio del ramo permita la iniciación y el adelantamiento de la exploración con taladro o de la explotación proyectada en vista de los títulos, documentos y demás pruebas, parece que tomara la plabra en la segunda de las acepciones. La Corte ha entendido que en el debate judicial que origine el aviso, el interesado particular tiene que establecer el hecho de que los petróleos que pretende explotar se encuentran en terrenos legalmente salidos del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873. Para el establecimiento de ese hecho se le deben facilitar todos los medios legales al avisante.

3. — La merced, la composición y la venta fueron los medios más conocidos en la época colonial para adquirir título particular sobre los terrenos. De esa naturaleza fueron los títulos otorgados a los descubridores de tierras, a los fundadores de poblaciones, a las Villas y ciudades, y aun a ciertas parcialidades indígenas.

La Corte tuvo ocasión de repasar la legislación española sobre tierras en América en el fallo de 5 de agosto de 1942. Recordó entonces la Corte que las Cédulas de El Pardo, expedidas en los años de 1578 y 1579, vienen a formar el estatuto principal de tierras en ese lapso. Por fingidos e inválidos habían de tenerse de conformidad con esas Cédulas los títulos que aparecieran otorgados por quien no tenía facultad para darles. Las incursiones en tierras no entregadas en virtud de títulos legales, no estaban permitidas ni merecían amparo y protección. Los particulares debían aducir sus títulos y causas legales de dominio y posesión para que se les respetara como dueños y poseedores. El dominio eminente de la Corona sobre los territorios conquistados, produjo la ordenación contenida en la segunda de las citadas cédulas, según la cual se debía restituír al Rey todo lo que se hallara sin título válido y legítimo. La venta de tierras hubo de hacerse en pública subasta a virtud de Cédula expedida por Felipe III en 1617. La venta debía hacerse de acuerdo con la Junta de Hacienda.

Las Cédulas denominadas de San Lorenzo y de San Ildefonso, expedidas por los años de 1754 y 1780, proveyeron sobre títulos respetando las normas de la anterior legislación. Las tierras del patrimonio real ocupadas sin título habían de volver al mismo patrimonio si aquellos no se confirmaban o componían. La Cédula de San Ildefonso impone respeto a la posesión adquirida en venta y composición, rechazando las ventas y arrendamientos forzosos.

En cuanto al contrato particular quedó fuera de los tres medios de adquisición del dominio, que eran la merced, la composición y la venta.

4. — Tratándose de documentos, que deben reposar en depositarías públicas no admite la ley que se puedan suplir (artículo 1760, C. C.) Se dirá que la institución de las Notarías no ha estado siempre reglamentada como hoy lo está en nuestro Código Civil. Pero, en tratándose de documentos expedidos por el Estado, es lo cierto que esos documentos, ya se hable del régimen republicano o del que imperó entre nosotros bajo la dominación española, son auténticos, desde que hayan sido expedidos por

funcionarios competentes. Los delegados del Rey antaño, como hogaño los investidos de mando y jurisdicción por la República, representan al Estado, y, cuando obran con esa representación, sus actos oficiales llevan un sello de respetabilidad y firmeza no supeditable por simples informaciones de particulares ni por certificaciones AD HOC acerca de su posible existencia y su prestancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado).

El señor Ministro de Minas y Petróleos resolvió con fecha cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, enviarle a la Sala de Negocios Generales de la Corte, las diligencias adelantadas en ese Despacho con base en el aviso que el ciudadano francés Jorge Barrault dio al Ministerio, de su intención de efectuar exploraciones en busca de petróleo que él, Barrault, reputa de propiedad particular en los terrenos denominados "Chirche", ubicados en el municipio de Yacopí, Departamento de Cundinamarca.

Recibidas tales diligencias en la Corte, se proveyó sobre el modo como debía oírse en ella a las partes; y, en virtud de tal providencia, expuso el señor Procurador Delegado en lo Civil su opinión que es la de que estudiada detenidamente la documentación aducida por el avisante a la luz de las disposiciones legales vigentes, "encuentra que ellas dan base suficiente para considerar que hasta la fecha no se ha allegado la prueba pertinente acerca de que el sub suelo de los terrenos sobre los cuales versa el aviso, hayan salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873". La Resolución que el Ministerio profirió con fecha 5 de febrero de 1942, en concepto de la Procuraduría, está "perfectamente ajustada a la ley".

El debate ante la Corte se surtió con trámite de pruebas, el que aprovechó el avisante, y de alegatos del cual hicieron uso así el señor Procurador como el interesado particular. Como no hubo más partes, y están cumplidas las prescripciones rituarias, procede considerar:

El Ministerio no le permitió al señor Barrault la iniciación ni el adelantamiento de la exploración con taladro, por las siguientes razones: Porque el aviso de perforación no está sustentado por la prueba que requiere el ordinal a) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, o sea la del "título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia". Porque no se ha establecido satisfactoriamente la segunda prueba que contempla el ordinal b) de la misma disposición, o sea la de "los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos correspondiente, títulos y certificado que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria"; y, finalmente, porque no consideró establecida la determinación precisa del terreno materia del aviso, como lo exige el ordinal c) de la misma disposición.

Antes de confrontar las apreciaciones del señor Procurador con las pruebas del proceso, conviene examinar las credenciales que el señor Barrault exhibe para la promoción y adelantamiento de éste, ya que, sobre el particular, hace un reparo el señor Procurador.

Los poderes del señor Barrault.

Poderes escriturarios exhibe el señor Barrault de los señores Nicolás Liévano, María de J. León, Leonor Delgado de Cárdenas, Rosalía Real v. de Alvarez, José J. Montero, Esteban Escobar, Pedro E. del Río y Elvira Delgado de Lozano, para reclamar administrativa y judicialmente los derechos que a los poderdantes les corresponden, como comuneros en una propiedad denominada "Chirche" ubicada en el municipio de Yacopí.

No aparece el poder que don Próspero del Río le haya otorgado al señor Barrault. De modo que debe entenderse que si don Próspero no coadyuvó ante el Ministerio las diligencias de aviso, no se le debe incluír entre los reclamantes de derechos concretados en los pedimentos elevados ante ese Despacho.

Examen de las causas que el Ministerio expresa en su Resolución

Dice el señor Procurador que la determinación precisa del terreno, exigida en el numeral 3º del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, debe tener dos fases: una, relacionada con los títulos originarios probatorios de la propiedad privada del subsuelo; y otra, relacionada con los títulos de propiedad actual del avisante. Si se establece la identidad entre los terrenos que describe el aviso, agrega, y los que detallan los títulos emanados del Estado, habrá de tenerse como cierta la propiedad particular. La personería sustantiva del avisante, su interés jurídico en el reconocimiento del derecho a perforar y explotar, surge de

la demostración de que son unos mismos los terrenos materia del aviso y los que detallan los títulos del avisante.

Estas premisas que la Corte acepta porque están fundadas en las leyes sobre petróleos, inducen a mirar como indispensable que se empiece el estudio por el capítulo de la determinación del terreno en presencia de los títulos.

La determinación precisa del terreno

El Ministerio estudia el aviso y los comprobantes desde el punto de vista de la cabida, y desde el de la demarcación o alindamiento del terreno avisado.

Respecto de la cabida dice el Director del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos:

"Area del lote

En ninguno de los títulos traslativos de dominio que se presentan, figura el área de Chirche. El avisante la fija en treitna y tres mil hectáreas, aproximadamente, y la que obtuve con planímetro — promedio de tres lecturas — es de veinticuatro mil novecientos ochenta y cinco hectáreas, lo que quiere decir que se dio aviso por ocho mil quince hectáreas más de las que resultan del plano presentado por el señor Barrault".

Título directo comprobante de que el Estado hubiera transferido a alguna persona particular el dominio del terreno de Chirche, no tiene para que buscarse, porque el avisante en el memorial de aviso se expresa así: "Hasta el presente no he podido hallar el título originario emanado del Estado con anterioridad a 1873, que acredite la trasmisión que el Estado hiciera de esos terrenos".

Lo que el avisante presenta como "prueba esencial y fundamental", son unas copias de diligencias protocolizadas en la Notaría de La Palma el 1º de noviembre de 1898. En esas diligencias se apoya el señor Barrault para decir que ellas denotan o acreditan la trasmisión, ya que el Alcalde Ordinario de Yacopí certificó, en una diligencia, que Hilario Guinea presentó los títulos con los cuales él había comprado los terrenos.

La diligencia en que el Alcalde Ordinario de Yacopí alude a una presentación de títulos que Hilario Guinea le hizo en 4 de agosto de 1774, no dice que Guinea hubiera expresado la cabida del terreno de que se manifestó dueño. Ni la expresa Antonio Mahecha cuando en 1801 pide que se levante información sumaria en constatación de que Hilario Guinea y sus sucesores hubieran tenido la posesión de las tierras de Chirche.

Los Alcaldes que en esas diligencias intervinieron procedieron a dar posesión sin relacionar la cabida.

Ubicación y linderos

El aviso habla de una comunidad territorial ubicada en el municipio de Yacopí, a la cual le asigna los siguientes linderos:

"Piedra redonda a dar a la quebrada de Luisico; por ella a dar al rio Atico; por el abajo a dar a la quebrada de Cornica en su nacimiento; de aquí, a dar al cerro alto, por la cuchilla inmediata a la quebrada del Puray, a dar al rio Terama; quebrada arriba, al cerro; de aquí al alto de Mata de Ramo; sigue por la cordillera al alto de Los Pozuelos, mirando la pierna del Alto de San Pedro; de aquí a buscar la quebrada llamada Nacional; de esta a buscar la quebrada de Abusa; por esta al rio Guaguaquí; este arriba al rio Chirche; este al rio Terama; por este al primer lindero".

Esta es la alinderación que don Hilario Guinea dio cuando en cuatro de agosto de mil setecientos setenta y cuatro se presentó ante el Alcalde de Yacopí a denunciar su dominio, según rezan las copias protocolizadas por el Notario de La Palma el primero de noviembre de mil ochocientos noventa y ocho

Conviene examinar por orden cronológico las piezas contenidas en esa protocolización propuesta al Notario por don Oliverio Linares:

En la mencionada fecha — 4 de agosto de 1774 — se le presentó al Alcalde Ordinario de la Parroquia de Yacopí el señor "Ilario Guinea, vecino de esta parroquia, siendo mayor de edad y dijo: que es dueño legítimo del globo de tierra llamado Chirche en la jurisdicción y términos de esta parroquia, y cuyo alinderamiento es el siguiente: "(el mismo que quedó transcrito arriba, reproducido en las escrituras de poder exhibidas por el avisante).

El Alcalde de Yacopí, al dar testimonio sobre la declaración de don Ilario Guinea, deja la siguiente constancia en la misma diligencia: "dice el señor Guinea que este terreno es de su propiedad comprado con los títulos que presenta, y que hace más de cincuenta años que lo posee pacíficamente". El avisante hace hincapié en la circunstancia de que el Alcalde dio por vistos los títulos.

Sigue en orden de tiempo la súplica que en mil ochocientos uno hizo don Antonio Mahecha, vecino de la ciudad de La Palma para que se levantara una información sumaria de testigos como constancia de la posesión de Ilario Guinea y de sus sucesores sobre tierras de Chirche. No aparece nominada la autoridad a quien se dirigiera Mahecha en solicitud de

la prueba. Y es de anotar que el alinderamiento es cuestión que se les inquiere a los testigos.

Viene luégo un proveído sin fecha que dice así: "DECRETO. — Por presentada recíbase la información que se solicita fecha (sic) se probará (sic); así lo decreté, mando y firmo yo Dn. Salvador Florido Alcalde Ordinario de Primra (sic) nominación con Tgs. por suspención del Gobierno (Firmados) Florido — Tgo. Gregorio de Escovar y Torres — Testigo, Manuel Zambrano".

La información testifical se levantó en Yacopí ante el Alcalde de la ciudad de La Palma, según se lee más adelante en diciembre de 1807, y la constituyen las declaraciones de Manuel Cárdenas, Cristóbal Bega y Francisco de Oyos.

MANUEL CARDENAS, en lo concerniente a la posesión dijo lo que a continuación se copia: "que tiene noticia que Ilario Guinea dió por razón de herencia paterna a su hija Maria de Jesús (ilegible) quien le representa, parte de las tierras nombradas Chirche citas en este feligresado, que si conocía bibiendo (sic) y labrando en ellas a Dn. Joaquín Maecha pe (sic) de la que presenta antes del fallecimiento de Guinea diez a doce años y después vivió en dicha tierra hasta el prete (sic) año que falleció (palabra ilegible) y otro tiempo quieta y pacíficamente sin contradisión (sic) de tercero alguno y por consiguiente la están poseyendo el que le presenta y su hermano Manuel nietos (hay un roto) hijos de este aun estando presentes los demás hijos". Y en lo relacionado con los linderos, agregó: "que los linderos de la mencionada tierra del Chirche a (sic) oído decir desde su moderna hedad (sic) a varias personas ancianas que son los sgts (sic). Las ajuntas del río Atico y la quebrada de Luisico que llaman de los Tiestos, ella arriba hasta su nacimiento y de línea drcha (sic) a salir a la loma que llaman del Peladero, cruzando la loma y siguiendo línea drcha (sic) a tomar el nacimiento de la quebrada que nombran del Barro, esta abaxo (sic) hasta juntarse con otra que llaman de la Parroquia; siguiendola aguas abaxo (sic) hasta las juntas del rio Chirche; el abaxo (sic) hasta donde cae la quebrada que llaman del Puray, ella arriba hasta su nacimiento, de allí mirando línea drcha. (sic) a salir a la loma — que es el cerro más encumbrado de aquellas inmediaciones — siguiendo la loma que llaman y es camino de Guaguaquí, toda la loma virtientes (sic) a una y otra vanda (sic) hasta llegar a tomar la derecera del nacimiento de la quebrada Garnica, esta abajo hasta las juntas del rio Chirche, este arriba hasta las juntas del rio Atico, este arriba hasta las juntas de la quebrada de Luisico primer lindero".

CRISTOBAL ROA en lo concerniente a la posesión declaró: "tiene noticia que Ilario Guinea mucho antes de su fallecimiento (sic) le dió por razón de herencia a su hija legítima Maria de Jesús parte de las tierras nombradas Chirche y que en esta virtud las poseyó Dn. Joaquín de Mahecha consorte de la Guinea, hasta que murió, y por su fallecimiento las están poseyendo el que presenta en junta de Manuel su hermano sin contradicción (sic) de Guinea y sus demás hijos, nietos ni otro tercero hasta la presente"; y en orden a la alinderación se refirió al dicho de personas de mayor edad para señalar la misma del testigo anterior, pero tomando como punto de partida la desembocadura de la quebrada del Puray en el rio Chirche.

FRANCISCO DE OYOS en lo relacionado con los linderos dice que tiene noticia de éstos sin agregar cómo hubo esa noticia, y los describe como los anteriores testigos, pero tomando como inicial el de la desembocadura de la quebrada de Garnica en el rio de Moras. Y en cuanto a la posesión dijo "que le consta que parte de las tierras de Chirche se las dejó y dió por via de herencia Ilario Guinea muchos años antes de su fallcimto (sic) a Maria Jesús su hija, y que tenía dados los títulos que la amparavan (sic) a Dn. Joaquín Mahecha como a su legítimo marido que esto le consta por haberselo dcho (sic) en repetidas ocasiones el dcho (sic) Ilario, y que estas tierras las poseyó Maecha viviendo y labrando en ellas hasta su fallecimto (sic) y por él a sus hijos Anto (sic) y Manuel sin contradición (sic) de los demás herederos de Guinea ni otro tercero".

Lo que sigue es una certificación del "Alcalde de primera nominación de la ciudad de La Palma y sus partidos", quien expone: "acediendo (sic) a lo que se pide a que se ponga mi certificado certifico en quanto puedo y a (sic) lugar en Dcho (sic) pª (sic) ante los S. S. que la presente vieren soy sabidor (sic) que las tierras nombradas Chirche, cita en ésta jurisdicción (sic) y feligresado son y pertenecen a los hijos de Dn. Joaquín de Mahecha y María de Jesús Guinea por habérmelo dicho en diversas ocasiones Ilario Guinea que pertenecía a él, y (hay un roto) se las tenía dadas a su hija Maria de Jesús y entregado el titulo de ellas al dcho (sic) Dn. Joaquín que las poseyó quieta y pacíficamente más de veinte años y por su fallecimiento las están poseyendo Anto (sic) y Manuel Maecha sus hijos uno y otro sin contradición (sic) alguna: en quanto (sic) a sus linderos e (sic) oído son conforme lo delatan a una voz los tgs. que anteceden los quales (sic) son segn (sic) mi entender y conocimiento qué de ellos tengo de toda veracidad y por tanto al dich (sic) de ellos me remito. todo lo cual por verdad así lo certifico, y firmo en este pueblo de Yacopí jurisdicción de la renom-

brada ciudad en quince de diciembre año de mil ochocientos siete. (Firmado) Salvador Florido".

Otra pieza de las protocolizadas es una representación que hace Dn. Antonio Maecha por sí y a nombre de sus "demás partes hijos de Dn. Joaquín Maecha y María de Jesús Guinea" no se sabe ante cual autoridad y en la cual se lee: "digo que nos pertenece y estoy posellendo (sic) las tierras nombradas Chirche de las quales (sic) ni yo ni mi padre ho (sic) madre hemos tomado la posesión judicial; pr (sic) convenir en Nro (sic) derecho sea de servir (sic) en méritos de Justicia de pasar darnos y meternos en dcha (sic) posesión, y que esto sea con todos previos prerequisitos para cuyo fin ago (sic) solemne presentación de los ynisnumentos titulares (sic) y los más que a Ntro (sic) favor asen (sic) y fechas (sic) que sean las diligencias se dinará (sic) de devolvernos los originales sin quedar copia".

Exhibió en realidad Maecha los documentos cuya devolución solicita con advertencia de que no se tome copia de ellos? No lo dice la nota de presentación puesta por el Alcalde de primera nominación. Pero en el auto de "17 del referente mes y año" (seguramente se refiere a diciembre de 1801) da por "vistos los instrumntos presentados" y resuelve dar la posesión, señalando para efectuar la diligencia el 28 de diciembre.

En la fecha que acaba de citarse, el Alcalde de primera nominación y "Juez de ésta causa" llegó al "sitio de las tierras llamadas Chirche asistido de Tgs. (sic) mas circunvecinos a fin de entrar en posesión de las tierras de Chirche a Ant. (sic) Maecha y mas compartes que se hallan presentes Man. (sic) (hay un roto) cuñado de aquellos con los instrums. (sic) en mano delatándolos allí al común di la posesión por los linderos siguientes: (hay un roto) juntas del rio Atico y la quebrada de Luicico (hay un roto) hibualmte (sic) de los Tiestos (ilegible y un roto) y del lígnea derecha a la loma que llaman del Peladero en donde mandé poner un mojón y se puso de piedra, el cual cruzando la loma y siguiendo lignea derecha a tomar el nacimto (sic) de otra quebrada que llaman del Varro (sic) avajo (sic) hasta juntarse con otra que llaman de la Parroqa (sic), siguiendo agua avajo (sic) a car al rio de Chirche, él avajo (sic) a las juntas de la quebrada que llaman el Puray; ella arriva (sic) hasta su nacimto (sic), de allí lignea derecha (sic) a salir a la loma y cerro mas encumbrado de aquella hinmediación (sic) siguiendo la loma y camino de Guaguaquí siguiendo la loma ver tientes a una y otra vanda (sic) hasta tomar la derecera y nacmto (sic) de la quebrada que llaman de Garnica, esta abajo hasta las juntas del rio de Chirche, este arriva (sic) hasta las juntas del rio Atico, el arriba hasta las juntas de la memorada (sic) quebrada de Luicico primer lindero". Los que aquí se transcriben coinciden con los que da el testigo Manuel Cárdenas, cuya declaración se reprodujo en lo conducente.

En estas diligencias que el avisante presenta como pruebas supletorias del título emanado del Estado, y en relación con los linderos hay que anotar:

a) Que no son exactamente concordantes los linderos que se dice expresó don Ilario Guinea cuando compareció ante el Alcalde a declararse dueño en agosto de mil setecientos setenta y cuatro, y los que tuvo en cuenta el Alcalde cuando, veintisiete años más tarde, en mil ochocientos uno, le dio posesión de los terrenos de Chirche a don Antonio Maecha "y mas compartes";

b) Que al certificar el Alcalde de primera nominación, con fecha quince de diciembre del mismo año, sobre la pertenencia de las tierras de Chirche atribuyéndosela a los hijos de Joaquín Maecha y a María de Jesús Guinea, se remite al dicho de Ilario Guinea; y, por lo que hace a los linderos, defiere a lo que resulta del dicho de los testigos;

c) Que los declarantes en la información sumaria declaran todos de oídas en lo que respecta a los linderos, bien que se remiten a los que dijeron personas de mayor edad;

d) Que a falta de expresión de la cabida, una alinderación confrontada es el mejor medio de determinar fundos o heredades en disputa; y

e) Que en el caso **sub judice** debía haberse hecho esa confrontación para cotejar sobre el terreno los datos suministrados por el pretendiente señor Ilario Guinea, con los suministrados por esos testigos que el Alcalde reputó como veraces. Así se habría disipado la duda que suscita la discrepancia entre lo dicho por éstos y lo afirmado por aquél.

A estas conclusiones, que lógicamente se sacan del examen de los documentos exhibidos como supletorios del título, cabe agregar las siguientes observaciones que la Oficina del servicio técnico del Ministerio de Minas y Petróleos ha hecho:

"Los linderos anotados en el memorial del avisante y en la hoja b) de la escritura número 354 de 1898 de la Notaría de La Palma, son no sólo muy imprecisos sino también confusos e inexplicables, como paso a anotarlo en estas partes: a) Donde dice "por el rio Atico abajo, a dar a la quebrada de Garnica en su nacimiento", no puede ser. Porque por un río abajo no se llega al nacimiento de quebrada alguna; se llegará a su desembocadura en ese río, pero su nacimiento tiene que estar fuera del cauce del río y a un nivel más alto; b) Luégo sigue: 'de aquí a dar al cerro Alto por la cuchilla inmediata a la quebra-

da del Puray, a dar al río Terama; quebrada arriba al cerro'; aquí no se explica cómo yendo por la cuchilla inmediata a una quebrada se da a un río y a la vez, o no se sabe si después, sigue quebarada arriba al cerro; y c) al final se dice: 'éste (el río Chirche) al río Terama; por éste al primer lindero'; no se entiende cómo al ir describiendo los linderos y después de un largo recorrido de los mismos se cita entre ellos el río Terama, y ahora antes de terminarlos vuelve a indicarse el mismo río y sigue 'por éste al primer lindero'; será tal vez que el río Terama es limítrofe en dos trayectos distintos y además, como se deduce del final, que la 'Piedra Redonda' o primer lindero queda en el cauce del mismo río.

También observo al examinar el plano que acompaña el avisante y relacionar los linderos del lote que encierra con los que acabo de comentar, que además de no aparecer en ese plano varios sitios y líneas de los linderos transcritos, los del lote demarcado en el plano son en gran parte distintos, y casi podría decirse que el lote del aviso quizá sea alguno distinto del dibujado en el plano y que limita por sus costados norte, oriental y sur, porque en lo único que coinciden los linderos es en los ríos Guaguaquí, Chirche y Terama y quebrada Puray, situados en esos tres costados del lote dibujado en el plano; o tal vez el lote del aviso está dentro de ese otro lote, con extensión menor que la total de él y lindando por los mismos tres costados, porque los demás linderos que figuran en el plano y que son, el río Negro, el río Terán, la quebrada Nacumales y el Alto de El Oso, son distintos de los fijados en el memorial y en éstos no se ve que el lote llegue hasta los ríos Negro y Terán.

Por consiguiente, se requiere agregar que en el plano topográfico acompañado no está representado el perímetro de la respectiva propiedad avisada y que no hay determinación precisa de ésta, conforme a los artículos 6º y 7º de la Ley 160 de 1936".

Seguramente para desvirtuar las observaciones que el Ministerio ha hecho acerca de la determinación del terreno materia del aviso, el avisante ha traído a la Corte un mapa que no tiene nota de autenticación oficial, y que, según la leyenda que ostenta, corresponde a la "Región de Río Negro y Guaguaquí" y es "ampliación de los mapas de Cundinamarca, Boyacá y Santander, levantados por la Oficina de Longitudes". El mapa de que se viene hablando ha sido hecho para don Nicolás Liévano por el ingeniero Angel Uribe.

La Corte ha creído, y así lo ha dicho al hablar de adjudicaciones antiguas, que la determinación del dominio de particulares bien puede resultar del establecimiento de los linderos; bien de las medidas de las tierras; bien de las constancias inequívocas dejadas en juicios posesorios, etc. Lo importante es que las tierras que se dicen de dominio privado, se puedan distinguir de las demás de manera inconfundible.

En el caso de autos ni hay precisión en los linderos ni la hay en la medida del terreno avisado. Tampoco se ha establecido legalmente por otros medios que el terreno sea inconfundiblemente el mismo de que se dijo dueño don Ilario Guinea en el año de mil setecientos setenta y cuatro. Por tanto, la Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos que a su consideración ha tenido la Corte, tiene ya un fundamento que esta última no puede desconocer.

Título que se exhibe como originario del Estado

La palabra título tiene una doble acepción: se puede tomar como sinónimo de fuente de obligación, y en ese sentido se habla del título de venta, del de permuta, del de donación, etc. Significa también documento o instrumento, y en ese sentido se habla del otorgamiento de título, cesión del título, etc. Cuando el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 dispone que el Ministerio del ramo permita la iniciación y el adelantamiento de la exploración con taladro o de la explotación proyectada en vista de los títulos, documentos y demás pruebas, parece que tomara la palabra en la segunda de las acepciones. La Corte ha entendido que en el debate judicial que origina el aviso, el interesado particular tiene que establecer el hecho de que los petróleos que pretende explotar, se encuentran en terrenos legalmente salidos del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Para el establecimiento de ese hecho se le deben facilitar todos los medios legales al avisante.

Tal es el caso que motiva este fallo. El título emanado del Estado, según palabras del mismo avisante, no lo pudo exhibir ante el Ministerio. Pretende entonces que en subsidio se tenga como tales a las actuaciones oficiales atrás rememoradas. Conviene, por ello, recordar los sistemas que para conferir título de propiedad privada sobre terrenos pertenecientes al Estado, se usaban por aquella época.

El doctor Eduardo Zuleta Angel — quien intervino en el debate sobre Tierras en su calidad de Magistrado de la Corte — recordó que si los conquistadores acrecentaron enormemente el patrimonio real con el apoderamiento de las tierras, la Corona también fue pródiga en adjudicarlas. "Eran tantos los sistemas de adjudicación, tantos los funcionarios que intervenían — observa el doctor Zuleta — que, por motivo de esa prodigalidad, es rarísimo encontrar un palmo de territorio colombiano con respecto al cual

no surja, cuando algún colono tiene interés en él, el título colonial con el cual se reclama la propiedad privada del terreno".

La merced, la composición y la venta fueron los medios más conocidos en la época colonial para adquirir título particular sobre los terrenos. De esa naturaleza fueron los títulos otorgados a los descubridores de tierras, a los fundadores de poblaciones, a las Villas y Ciudades, y aun a ciertas parcialidades indígenas.

La Corte tuvo ocasión de repasar la legislación española sobre tierras en América en el fallo que esta Sala profirió el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y dos. Recordó entonces la Corte que las Cédulas de El Pardo, expedidas en los años de 1578 y 1579, vienen a formar el estatuto principal de tierras en ese lapso. Por fingidos e inválidos habían de tenerse de conformidad con esas Cédulas los títulos que aparecieran otorgados por quien no tenía facultad para darlos. Las incursiones en tierras no entregadas en virtud de títulos legales, no estaban permitidas ni merecían amparo y protección. Los particulares debían aducir sus títulos y causas legales de dominio y posesión para que se les respetara como dueños y poseedores. El dominio eminente de la Corona sobre los territorios conquistados, produjo la ordenación contenida en la segunda de las nombradas cédulas, según la cual se debía restituír al Rey todo lo que se hallara sin título válido y legítimo.

La venta de tierras hubo de hacerse en pública subasta a virtud de Cédula expedida por Felipe III en 1617. La venta debía hacerse de acuerdo con la Junta de Hacienda.

Las Cédulas denominadas de San Lorenzo y de San Ildefonso, expedidas por los años de 1754 y 1780 proveyeron sobre títulos, respetando las normas de la anterior legislación. Las tierras del patrimonio real ocupadas sin título habían de volver al mismo patrimonio si aquellos no se confirmaban o componían. La Cédula de San Ildefonso impone respeto a la posesión adquirida en venta y composición, rechazando las ventas y arrendamientos forzosos.

En cuanto al contrato particular — conviene tenerlo muy en cuenta, y así lo anota la Corte en la sentencia de que se viene hablando — quedó fuera de los tres medios de adquisición del dominio, que eran la merced, la composición y la venta. "Entre los títulos que evitaban la sospecha de usurpación se hallaban, conforme a la Cédula de San Ildefonso, aquellos distintos de la venta o composición, o sean la capitulación, el repartimiento de tierras, y el título de justa prescripción, más no el contrato de venta entre particulares, de tierras que podían haber sido usurpadas al Rey". Esta transcripción se trae especialmente, por la circunstancia de que don Ilario Guinea en su declaración dice que el terreno es de su propiedad por compra, "según títulos que presenta".

Recordados esos antecedentes, y puesto que a 1774 se remonta la documentación, se pregunta: ¿Podrá reputarse como título a la actuación del Alcalde de La Palma atrás examinada?

Obsérvese que el Alcalde de Primera Nominación de La Palma se limita primeramente a relatar lo que le oyó decir a don Ilario Guinea, y que en el desarrollo de su actuación procedió sobre la base de esa exposición de don Ilario. Cierto que dice que tuvo a su vista títulos. De modo que la existencia de ellos descansa en las simples palabras del Alcalde. Y cabe, entonces, observar: si la adquisición de don Ilario fue a título de venta, ¿quién fue el tradente o vendedor? Porque si lo fueron los agentes del Rey, tenía que existir y ha debido exhibírsele al Alcalde o Juez diligenciante el acta de remate, pues dicho está que conforme a la legislación vigente por esa época, la pública subasta era necesaria para el traspaso de bienes raíces del patrimonio real al de particulares. Y si fue un particular el vendedor, queda en tela de juicio la validez de esa venta, ya que, conforme a la misma legislación, se tenía la idea de que una venta tal podía significar usurpación de bienes que la Corona reputaba como suyos.

Tratándose de documentos que deben reposar en depositarías públicas, no admite la ley que se puedan suplir (artículo 1719, C. C.) Se dirá que la institución de la Notaría no ha estado siempre reglamentada como hoy lo está en nuestro Código Civil. Pero, en tratándose de documentos expedidos por el Estado, es lo cierto que esos documentos, ya se hable del régimen republicano o del que imperó entre nosotros bajo la dominación española, son auténticos, desde que hayan sido expedidos por funcionarios competentes. Los delegados del Rey antaño, como hogaño los investidos de mando y jurisdicción por la República, representan al Estado, y, cuando obran con esa representación, sus actos oficiales llevan un sello de respetabilidad y firmeza no supeditable por simples informaciones de particulares ni por certificados **ad-hoc** acerca de su posible existencia y su prestancia.

¿Qué decir cuando esa existencia se afirma, y esa prestancia se reconoce, pero sin justificar la desaparición ni exponer las razones para que lo original tenga que suplirse con lo adventicio?

En resolución: hasta ahora no se le ha presentado al juzgador el título expedido por el Estado. La su-

mariedad del presente juicio no excusa la comprobación plena de los hechos en él afirmados.

Título de propiedad del avisante

El espíritu de la disposición contenida en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, es el de que se tenga como eje de la acción administrativa la demostración de que los terrenos que se tratan de explorar han salido del patrimonio del Estado. Aquí a la carencia de título se agrega la indeterminación del terreno o comunidad de Chirche. El promotor del negocio o sus poderdantes no le suministraron a la Corte elementos de convicción que hubieran subsanado la deficiencia en la determinación del terreno que hizo presente el Ministerio de Minas y Petróleos.

La Sala repetidamente ha dicho: "lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que tal cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto".

En esta ocasión no ha descuidado la Sala el estudio de los títulos que el señor Barrault, como apoderado de comuneros en Chirche, le exhibió al Ministerio. Y podría exponer razones en contra de la eficacia que tales títulos tengan como demostrativos de la propiedad actual que los avisantes alegan sobre el globo denominado Chirche. Sobraría esa exposición, ya que el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 exige la reunión de los tres requisitos. Faltando alguno de ellos, no es posible el otorgamiento de permiso para explorar y explotar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, halla que no es fundada la pretensión que el señor Jorge Barrault, como apoderado de los señores Nicolás Liévano, María de J. León, Leonor Delgado de Cárdenas, Rosalía Real v. de Alvarez, José J. Montero, Esteban Escobar, Pedro E. del Río y Elvira Delgado de Lozano, ha expuesto ante el Ministerio de Minas y Petróleos y que ha dado lugar al presente juicio ante la Corte.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. —Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INDICE

PAGS.

SALA DE CASACION CIVIL

Cuentas — Cásase la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de la Sucesión de Justo P. Rojas contra Mercedes y Genoveva Rojas.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.... 901

Acciones de nulidad y de restitución—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Luis F. Mesa contra José J. Escobar y Eleázar Restrepo. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 905

Disolución de una sociedad—No se casa la sentencia del Tribunal de Bogotá en el ordinario de Noé Gutiérrez y Enrique Salazar contra Luis Iregui.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 907

Acciones de nulidad, de resolución de un contrato, etc.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el ordinario de Eugenio y Santiago González contra Damián González. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 911

Reivindicación—Cásase la sentencia del Tribunal de Neiva proferida en el ordinario de Carlos Coronado contra Tránsito Losada v. de Coronado. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.... 914

Venta de derechos hereditarios—Revócase la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa pronunciada en el ordinario de Betulia M. v. de Pinzón contra la Sucesión de José Antonio Pinzón M. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.. 918

Reivindicación—No se infirma el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de la familia Cuervo Pérez contra la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias, S. A. y contra el doctor Antonio M. Aguirre Meléndez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 923

Filiación natural—Infírmase la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario de Pompilio Forero contra Alberto W. y María del Carmen Forero Villalobos. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 928

Acción de simulación — Cásase la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué dictada en el ordinario de Cesáreo Rico contra Josefa Rico.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 932

Nulidad de un contrato y reivindicación.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciada en el ordinario de la Compañía de Mosaicos Hidráulicos, S. A. contra Jesús María Tobón. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 937

Acción petitoria de declaración de prescripción extraordinaria de un inmueble—Confírmase la sentencia del Tribunal Superior de Cali dictada en el ordinario de Justina y María Josefa López contra el Municipio de Cali. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 941

Nulidad del juicio por ilegitimidad en la personería de una de las partes—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario de María

PAGS.

de la C. Narváez de Tobar contra Juan B. Herrera, y se ordena poner en conocimiento de una parte la causal de nulidad existente—Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas..... 944

Causal 1ª de casación—Su alcance — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá pronunciada en el ordinario de José Ramón Mendoza Daza contra Víctor Ruiz Mora y Joaquín Rodríguez Chiari, sobre uso de una marca de fábrica.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 948

Recurso de súplica — Se mantiene el auto por el cual se denegó el desistimiento de Rosa Elena Malaber, en el ordinario de ésta contra el doctor Hernando Ruiz Cuevas, sobre indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 953

Salvamento de voto de los HH. MM. doctores Salamanca y Tapias Pilonieta..... 956

SALA DE CASACION PENAL

Prueba para acreditar las condenaciones anteriores. (Artículo 37 del C. P., numeral 2º)—Se invalida el fallo del Tribunal de San Gil proferido en el proceso contra Heliodoro Suárez por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 958

Nulidades en Derecho Penal—Invalídase el fallo del Tribunal Superior de Cartagena dictado en el proceso contra Manuel Francisco Suárez Yugo por homicidio. — Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 961

Aspecto de la indefensión o de la inferioridad de la víctima—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el proceso contra Raimundo Niño por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno..... 966

La insensibilidad, cualidad de los delincuentes instintivcs.—Sistema de prueba de los perjuicios—No se invalida el fallo dictado por el Tribunal Superior de Tunja que condenó a Gabriel Bohórquez a 10 años de presidio por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno..... 969

Fundamentos de la consulta de los sobreseimientos definitivos—Se ordena devolver el proceso contra el doctor Alfonso Revolledo Pérez por cohecho al Tribunal de Pasto para que se consulte el auto de sobreseimiento definitivo. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno..... 973

La ira en la ejecución del delito—No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso contra Luis Ricardo Plata Rueda por homicido—Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez..... 976

Responsabilidad penal de los Secretarios encargados de las Gobernaciones—Resuélvese devolver el sumario contra el Senador doctor Rafael Arredondo, el doctor J. Antonio Rico y otros, por abuso de autoridad, al Juez 1º del Circuito Penal de Medellín para que continúe su trámite legal. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 980

Aplicación de las normas sobre indefensión y complicidad correlativa—No se invalida la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de San Gil contra Raúl y Cupertino Tamayo por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno. 983

Recusación de un Magistrado—No está impedido el Magistrado doctor Rafael Manrique Lara para actuar en el proceso contra Pablo y Hernando Mejía por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. 988

Recurso de casación intentado por persona no inscrita como abogado antes de la reforma constitucional de 1945 — Declárase desierto el interpuesto en el proceso contra Librado y Desiderio Pico, por homicidio y heridas, procedente del Tribunal Superior de San Gil.—Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 991

PAGS.

Médicos Legistas — Confírmase la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que condenó a Antonio Gutiérrez Murillo, por el delito de lesiones personales, a la pena de dos años de presidio.—Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez A..... 995

Prevaricato—Abuso de autoridad—Se confirma parcialmente la providencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá sobreseyó definitivamente en favor del doctor Roberto Pineda Castillo por prevaricato y abuso de autoridad de que lo acusó el doctor José Domingo Pulido. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada. 997

Delito de lesiones personales—La ira en la ejecución del delito—Técnica de casación en materia penal—No se casa el fallo condenatorio dictado por el Tribunal Superior de Tunja contra Rogerio Rubio Romero por lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez. 1000

Elementos diferenciales de los delitos contra la propiedad — Nulidad por error en su denominación jurídica—Se invalida la sentencia del Tribunal de Pasto dictada en el proceso contra Horacio Obando por robo, y se ordena devolver las diligencias al Juzgado del Circuito Penal del mismo lugar para que se reponga el procedimiento—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 1003

Nulidad en el proceso penal—Homicidio intencional agravado — Legítima defensa.— Exceso en la legítima defensa—Veredicto contradictorio—Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Manizales pronunciada en el proceso contra Israel Henao por homicidio, y se ordena convocar nuevo Jurado. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M..... 1007

Delito de abuso de confianza — Técnica de casación en materia penal—Causal primera—Causal segunda—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual fue condenado Teófilo Butrabi como responsable de abuso de confianza. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 1014

Nulidad del proceso penal — Confírmase la sentencia del Tribunal Superior de Cali proferida en la causa contra Miguel Angel Rivas Nieva por homicidio, y ordénase averiguar la responsabilidad de los miembros del Jurado que intervinieron en tal proceso.—Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M..... 1021

Error relativo al nombre y apellido de la persona responsable — Mantiénese la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que halló responsable del delito de homicidio a José Daniel Hurtado.—Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada.... 1026

Las condiciones de indefensión no son taxativas—La calificación de las circunstancias de peligrosidad—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali pronunciada en el proceso contra Efraín Ballesteros por homicidio y lesiones. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 1029

La peligrosidad como criterio positivo de la sanción penal—Infírmase la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Cartagena contra Miguel A. Torres (a. "Pájaro Verde"), por el delito de robo. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 1033

Delito continuado—Delito de corrupción de menores. — No se invalida la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Cali contra Daniel Martínez Ríos, por corrupción de menores. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M..... 1040

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Excepciones—Se mantiene la providencia recurrida dictada por la Sala en el ejecutivo de la Nación contra Emiliano Gutiérrez. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna. 1045

Decisión de una competencia negativa—De las excepciones propuestas en el ejecutivo seguido por la Nación contra Teodoro Amézquita corresponde conocer al Tribu-

PAGS.

nal Administrativo de Cundinamarca y no al Superior de Bogotá. — Magistrado ponente, doctor Víctor Cock..... 1047

Salvamento de voto del H. Magistrado doctor Ramón Miranda 1049

Resolución de un contrato — Confírmase la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué proferida en el ordinario del doctor J. Germán Villa contra la Nación y el Municipio de Ibagué—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 1050

Se ordena dictar un fallo no deficiente—Devuélvese al Tribunal de Pasto el ordinario iniciado por Livio Schiavenato contra el Departamento de Nariño, para que se dicte nuevo fallo sobre la demanda principal y la de reconvención.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock..... 1054

Responsabilidad civil extracontractual.—Revócase la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla y condénase a la Nación a indemnizar perjuicios a Leonidas M. Vásquez y Trinidad González de Vásquez por la muerte de su hijo Octavio Vásquez González—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 1058

Acción de responsabilidad por culpa en el accidente aéreo de Santa Ana — Perjuicios materiales y morales—Revócase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario instaurado contra la Nación por Hernando de Guzmán, y condénase a pagar perjuicios a favor del actor. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 1065

Acción petitoria de perjuicios por un accidente de aviación—Revocada la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de indemnización de perjuicios seguido por Darío A. Triana y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 1070

Responsabilidad proveniente del incumplimiento de un contrato — Fállase el juicio ordinario instaurado ante la Corte por Roberto González Porrati contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 1083

Objeción a un dictamen pericial—Confírmase una providencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre rendición de cuentas seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Cº Magistrado ponente, doctor Víctor Cock.. 1090

Acción petitoria de pago de perjuicios—Arrendamiento— Su prórroga—Absuélvese a la Nación en el ordinario seguido contra ella por Carlos Abussaid, sobre incumplimiento de un contrato.—Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda..... 1095

Indemnización de perjuicios — Responsabilidad por culpa aquiliana — Revócase parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el ordinario del doctor Manuel Vicente Jiménez contra la Nación, sobre responsabilidad en un accidente automoviliario. —Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna..... 1099

Glosas de la Contraloría a las cuentas presentadas por los Tesoreros o depositarios de fondos públicos—Se dirime una competencia negativa entre dos entidades públicas—Corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y no al Superior de Bogotá el conocimiento del incidente de excepciones propuesto en el ejecutivo del Juez departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca contra Enrique Matiz.—Magistrado ponente, doctor Germán Alvarado..... 1105

Salvametno de voto del H. M. doctor Ramón Miranda 1107

Acción petitoria de pago de perjuicios— Confírmase el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario instaurado por José Aníbal Leaño contra el Departamento de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda 1109

Excepciones en juicios por jurisdicción co-

Págs.

activa—Ordénase cumplir la providencia dictada por la Sala el 6 de julio de 1945 en el incidente de excepciones del juicio ejecutivo seguido por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra los herederos de Luis y Gustavo Franco.—Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda... 1113

Desistimiento—Confírmase un auto del Tribunal Superior de Popayán dictado en el juicio ordinario de Dolores Castillo vda. de Delgado contra el Departamento del Cauca, sobre declaratoria de nulidad del contrato de compraventa de un inmueble. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda.. 1115

Responsabilidad por culpa—En el ordinario de Miguel Angel González contra la Nación, iniciado ante el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, se condena a pagar perjuicios.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 1118

Indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato.—En el ordinario del doctor Tomás Olano Riascos contra la Nación, iniciado ante el Tribunal Superior de Cali, se confirma la sentencia de primera instancia.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna 1125

Pensión de jubilación—Prima móvil—A favor de Carlos Cubides R. decrétase una pensión vitalicia, como antiguo miembro de la Rama Jurisdiccional.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 1129

Acción de perjuicios por culpa extracontractual—Carga de la prueba—Refórmase la sentencia del Tribunal Superior de Medellín recaída en el juicio ordinario de Federico Vásquez Toro contra el Departamento de Antioquia.—Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda..... 1132

Incidente de incompetencia de jurisdicción.

Del juicio de María Gómez v. de Cortés contra la Nación, sobre indemnización por ocupación de hecho de unos terrenos, ha de conocer el Consejo de Estado y no el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda..... 1138

No se repone la providencia anterior — Se mantiene la dictada por la Sala sobre competencia para conocer del juicio de indemnización por expropiación de hecho seguido por María Gómez v. de Cortés contra la Nación representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nales. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 1141

Acción posesoria — Confírmase la sentencia del Tribunal Superior de Cali recaída en el juicio posesorio de "Hacienda Real, S. A." contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock..... 1143

Caución de perjuicios — Se confirman las providencias dictadas por el Tribunal Superior de Cali en el posesorio de María Benicia Ramírez contra el Departamento del Valle del Cauca y Espíritu Santo Potes.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 1149

Incidente de liquidación de perjuicios—Revócase el auto del Tribunal Superior de Bogotá proferido sobre la cuantía de la indemnización correspondiente al doctor Jorge Lozano A. en el ordinario de éste contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda..... 1151

Acción de indemnización de perjuicios por culpa—Responsabilidad de las entidades de Derecho Público—Confírmase la providencia del Tribunal Superior de Bogotá pronunciada en el ordinario de José María Espitia, Carmen Elisa Martín de Espitia y otra, contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Germán Alvarado..... 1158

Restitución de términos—Se confirman los autos proferidos por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario iniciado por el doctor Arturo Fabio Manotas contra la Nación, sobre propiedad de un inmueble.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 1165

Págs.

Dictamen pericial—No prospera la reposición formulada contra el auto de 14 de noviembre proferido por la Sala dentro del ordinario del doctor Arturo Fabio Manotas contra la Nación sobre propiedad de un inmueble.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 1167

Pensión—Se confirma el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que reconoció al doctor Nicasio Anzola una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 22 de 1942.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 1168

Prospera la excepción de inepta demanda por haberse entablado la acción petitoria de propiedad del subsuelo de unos terrenos antes del juicio breve y sumario que debió entablarse ante la Corte—Revócase la providencia del Tribunal Superior de Bogotá recaída en el ordinario iniciado por la "Texas Petroleum Company" contra la Nación, sobre la propiedad de los hidrocarburos existentes en "La Ceiba", Municipio de Puerto Liévano.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock..... 1171

Indemnización de perjuicios — Responsabilidad por culpa extracontractual—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario de Julia Perdomo contra la Nación por la muerte trágica de la niña Gertrudis Perdomo, ocurrida en el Ferrocarril del Pacífico.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna.... 1178

Auto: incidente de liquidación (artículo 553, C. J.)—Se niega la práctica de una prueba solicitada por el Procurador Delegado en lo Civil en el ordinario de Francisco Castro contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 1188

Aviso sobre exploración y explotación de petróleos—Declárase infundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, de explorar y explotar hidrocarburos de propiedad privada en la finca denominada "La Florida", Municipio de Armero, Tolima.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 1190

Aviso de exploración de petróleos—Determinación del dominio de particulares.—Significación de la palabra "título"—Merced, composición y venta de tierras—Declárase infundada la pretensión del señor Jorge Barrault, como apoderado de Nicolás Liévano y otros, para explorar y explotar petróleos de propiedad particular en "Chirche", Municipio de Yacopí, Departamento de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Germán Alvarado..... 1217

NOTA — Con el presente volumen termina el

Tomo LIX de la "GACETA JUDICIAL".

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LIX. BOGOTA. — JUNIO DE 1948 NUMERO 2028

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LIX

POR

JULIAN MOTTA SALAS
RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

— A —

ABUSO DE AUTORIDAD

— 1 —

En cuanto al abuso de autoridad, y para este caso de fallos judiciales, es menester que en la calidad dicha de funcionario o excediéndose en ella, se cometa acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. (Artículo 171 C. P). El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos contra las personas o las propiedades. En este sentido, cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor; y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón violando la equidad. Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como en todo delito (y salvo el caso de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento psíquico, esto es, el dolo, que consiste, en este evento, en la voluntad o propósito de "cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos", como dice Manzini. Es verdad que el código no requiere en este caso el dolo específico del prevaricato, vale decir, el proceder "a sabiendas", pero sí el dolo genérico y este elemento psíquico debe aparecer también suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal. En este orden no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales á los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana. Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia, y ni la dis-

paridad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, números 2025, 2026 y 2027 bis, octubre 22 de 1945) 998, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD

— 2 —

El artículo 171 del Código Penal muestra con toda claridad que el legislador, además de prever en otros capítulos del Código las diferentes especies de delitos en que pueden incurrir los funcionarios públicos por razón o con pretexto del ejercicio de sus funciones, ha sido tan celoso en el amparo de los ciudadanos contra posibles ilegalidades de aquellos funcionarios, que erigió en delito la mera arbitrariedad o actuación injusta o antijurídica en contra de una persona o de una propiedad, cualquiera que haya sido el móvil del acto ilegal, y "fuera de los casos especialmente previstos como delitos", dice el artículo aludido. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 4 de 1945) 169, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD EN LA FIGURA DEL ART. 171 DEL ESTATUTO PENAL

— 3 —

Para que el abuso de autoridad, en la modalidad del artículo 171 del estatuto penal, sea sancionable, se requiere la existencia de los siguientes elementos:

a) Que sea cometido por funcionario o empleado público;

b) Que el acto no esté especialmente previsto como delito en otra disposición legal;

c) Que sea ejecutado por causa de sus funciones o excediéndose en su ejercicio;

d) Que el acto sea arbitrario o injusto, y

e) Que, siéndolo, sea ejecutado en perjuicio de una persona o de una propiedad.

Si al acto, pues, le falta alguno de estos elementos, no puede considerarse como abuso de autoridad en la figura o especie del artículo 171, y no es, por consiguiente, punible. (Sentencia, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 18 de 1945) 223, 1ª

ABUSO DE AUTORIDAD. — INTERPRETACION DEL ART. 171 DEL CODIGO PENAL

— 4 —

Ya la Corte rectificó la doctrina que decía, refiriéndose al artículo 171 del Código Penal, que lo arbitrario por sí solo era abuso de autoridad, al paso que lo injusto requería daño contra las personas o las cosas. Para su rectificación se basó en la interpretación gramatical que ha de dársele al precepto y en los antecedentes del mismo. La Corte ratifica esta última jurisprudencia, expuesta en su fallo de 18 de mayo de 1945, y al efecto considera:

Los preceptos del lenguaje sirven para interpretar las disposiciones legales, como que las palabras de la ley han de entenderse "en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (artículo 28, C. C.), lo que ha de extenderse a la concordancia, construcción y régimen. De acuerdo con esos preceptos la conjunción O es a veces disyuntiva y como tal sirve para separar los términos de la oración. Pero más frecuentemente es alternativa y sirve para ligar términos hipotéticos, a cada uno de los cuales corresponde el atributo de la proposición. Cuándo sea copulativa y cuándo sea disyuntiva, lo dice tan sólo el contexto del

discurso. Pero en todo caso, si es disyuntiva, siempre un signo ortográfico, generalmente una coma, separa un término del otro u otros de la disyunción.

Leyendo el artículo citado resulta evidente que cuando el legislador dice que el funcionario o empleado público que cometa o haga cometer "acto arbitrario o injusto contra alguna persona o contra una propiedad" será sancionado como allí se dice, sin interponer una coma después de la palabra arbitrario, se propone indicar dos hipótesis que se complementan cada una con los términos "contra una persona o contra una propiedad". Más claro y como lo dijo ya la Corte, la frase "contra una persona o contra una propiedad" es especificativa y se refiere tanto a lo arbitrario como a lo injusto, puesto que no existe signo ortográfico alguno después de la palabra arbitrario. De suerte que para que un acto arbitrario de un funcionario constituya abuso de autoridad, se necesita que redunde en daño de una persona o de una propiedad. Esta interpretación concuerda con los antecedentes del precepto comentado: se anotó en el seno de la comisión redactora del código que en el artículo 171 sólo se contemplaba el caso de que se causara un perjuicio y que era necesario que el precepto cobijara "también el caso de que no haya perjuicio sino únicamente un beneficio indebido". Pero no se puso el debido cuidado a esta observación y se omitió así llenar el vacío que el código de Zanardelli tenía en el particular y que sí había colmado el de Rocco, siendo así que la comisión seguía de cerca la ley italiana para la redacción de nuestro estatuto. Pero no pueden los jueces interpretar en un sentido extensivo la ley penal, haciendo de legisladores, porque con ello se quebrantaría el precepto contenido en el artículo 1º de nuestro código, que consagra el principio de que no hay delito sin ley que señale expresamente el hecho que lo constituye. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 8 de 1945). 531, 1ª

ABUSO DE CONFIANZA

— 5 —

El delito de abuso de confianza no siempre está configurado por la apropiación que es, eso sí, su caso más típico. También se incurre en él por uso indebido de la cosa puesta en manos del infractor. La apropiación puede ser un hecho real o una ficción, como quien dice, que la circunstancia de retener vale como acto indebido de dominio sobre lo ajeno. Y cuando se trata de un depositario judicial, basta la renuencia a la orden del Juez que confió la guarda del bien en litigio, para que el renuente a presentarlo o custodiarlo incurra en el delito de abuso de confianza, si por otros medios se comprueba que no se trata nada más que de un desobedecimiento, lo que es una falta aparte del hecho mismo, sino de un abuso de los deberes de guardián en perjuicio de intereses por cuya legitimidad vela el Juez. Por otra parte, la facultad de disponer no envuelve el ejercicio del derecho de propiedad. El mandatario, por ejemplo, puede disponer de la cosa, si está autorizado para ello por los términos del mandato, con tal que esa facultad de disponibilidad sea inherente a la función administrativa y no se ejercite en su propio beneficio, es decir, a condición de que entregue el fruto del objeto que vendió o transformó en otro valor. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, diciembre 3 de 1945). 1018, 2ª

ACCION POSESORIA

— 6 —

La disposición del Decreto-Ley Nº 1381 de 1940 reconoce como acto de la administración pública el que, cuando se tenga noticia

del uso indebido de aguas nacionales hay lugar a tomar las medidas conducentes a fin de obtener un exacto conocimiento y hacer cesar la irregularidad, y señala precisamente como funcionario competente para tomar tales medidas al Ministro de la Economía Nacional. Tiene, por tanto, el artículo 16 del Decreto-Ley número 1381 de 1940 la calidad de precepto de orden manifiestamente administrativo; y si en ejercicio de la competencia administrativa que allí se asigna al Ministro de la Economía Nacional llega éste a violar, por mala interpretación, por ejemplo, esa disposición, es al Tribunal Administrativo correspondiente, o sea al Consejo de Estado en este caso concreto, a la entidad a la cual corresponde conocer de la acción sobre nulidad de la resolución ministerial, que de tal violación de la ley hubiera de resultar. La intervención estatal en el caso actual tiende a proteger intereses de carácter público y general respecto a personas y entidades también interesadas en el uso de ciertas aguas, de manera que no se trata de una intervención a favor del patrimonio de derecho privado del Estado, ni de una gestión que redunde en su beneficio directo de carácter patrimonial. Empero, si se recurre directamente a una acción posesoria contra el Estado, como en el caso del proceso, y si no hay lugar a una declaración de invalidación o anulación de la resolución ministerial, petición sobre invalidez que reclamaría así la intervención jurisdiccional del Consejo de Estado, se concluye de todo que, tal como quedó planteado el debate, no podría la Corte negar su propia competencia y declarar de manera categórica que el juicio corresponde al conocimiento del Consejo de Estado.

Hay que contestar en forma negativa, a juicio de la Corte, la pregunta de si el Estado, por razones de interés general y público dicta determinadas medidas según ocurre en el Decreto-Ley número 1381 de 1940 que sirve de fundamento y antecedente a la Resolución Ministerial, podrá ser entorpecida luego la actividad del Estado mediante el ejercicio de una **acción posesoria de perturbación** y mediante la intervención de la justicia ordinaria. Es que, gracias al mandato expreso y categórico de ese Decreto-Ley, la Resolución Ministerial, como acto de la Administración fue dictada dentro de la esfera de su competencia por razones de interés público y general, no con miras a un interés patrimonial del Estado; y en aquellos casos, y merced a lo preceptuado en los artículos 30 de la Constitución actual y 18 de la ley 153 de 1887, las disposiciones respectivas son de cumplimiento general inmediato y ya que, como es bien sabido, el interés privado debe ceder al interés público o social. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, octubre 8 de 1945) 1147, 1ª

ACECHAR Y ASECHANZA

— 7 —

Acechar es, según el Diccionario de la Academia de la Lengua, "observar, aguardar cautelosamente con algún propósito". Y colocarse en acecho o estar en acecho es lo mismo que mirar a escondidas y con cuidado.

La asechanza, que se confunde con la insidia, noción que no es la misma que se expresa con la palabra acecho, acción de acechar u observar con cuidado y con algún propósito, traduce exactamente engaño o artificio para dañar a otro. O lo que es lo mismo, que la víctima de la asechanza debe ignorarla, pues de lo contrario no habría artificio, ni el sujeto sería engañado. Luego si el individuo escogido para hacerle daño conoce lo que se le espera y está preparado, la acción así ejecutada se desnaturaliza o no alcanza la

categoría de extremadamente grave. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 16 de 1945). 188, 1ª

ACUMULACION DE PENAS

— 8 —

El artículo 33 del Código Penal plantea la acumulación. El Derecho Romano sentó la regla de "Tot delicta, tot poenas", es decir, que cada delito debe recibir su correspondiente sanción. En cambio, el Derecho Germano adoptó el precepto contrario: **Poena major absorbet minorem,** o sea, que la pena mayor absorbe a la menor. Pero al paso que lo establecido en el Derecho Germano no admite subdivisiones, el Derecho Romano tomó dos matices distintos: el de la acumulación matemática y el de la acumulación jurídica. Este último, que es el implantado en el Código Penal colombiano, fue el que tuvo mayor acogida, por el excesivo rigor a que llevaba el otro (acumulación material), que en ocasiones hacía imposible el cumplimiento de la sanción, como cuando se trataba, por ejemplo, de numerosas penas de privación de libertad, recaídas en un solo individuo, las que sumadas excedían el límite de duración de la vida del hombre más longevo. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 13 de 1945). 462, 1ª

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

— 9 —

La administración de la justicia en dos instancias es un principio de legalidad que entraña una de las primordiales garantías establecidas por el Estado para que se realice la igualdad ante la justicia de todos los asociados. Y este fundamental principio de procedimiento se desvirtúa si los jueces de las instancias toman como base continua de sus decisiones una sola interpretación, cualquiera que sea, puesto que entonces no se llena el objetivo primordial de la doble jurisdicción cual es el de que diferente crítica obre directamente sobre los hechos para poder controvertir las apreciaciones confusas o erradas que en algún caso llegaren a realizarse en el transcurso del proceso. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 3 de 1945). 489, 2ª

ALIMENTOS

— 10 —

Según el inciso último del artículo 258 del Código Civil, los gastos de que habla ese artículo podrán salir de los bienes propios que tuviere el hijo, conservándose los capitales en cuanto sea posible.

Una cosa es la incuestionable obligación legal del padre de alimentar a sus hijos y otra muy distinta que por sólo establecer la ley esa obligación haya de entenderse que en la sucesión del padre figuren asignaciones alimenticias. Según el C. C. puede haberla por disposición testamentaria, y éstos son los alimentos voluntarios; y también los hay forzosos, que es a lo que atiende en su caso el artículo 1016, numeral 4º; pero éstos son aquellos a cuyo pago ha sido condenado el causante en el juicio especial de alimentos. Concedidos por la vida del alimentario mientras subsistan las circunstancias que justificaron la demanda, en su caso (artículo 422), tienen en la sucesión del alimientante el sello de lo forzoso (arts. 1226 y 1227). (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 30 de 1945).

760, 1ª

AMISTAD INTIMA Y ENEMISTAD GRAVE

— 11 —

Aunque es muy difícil señalar los elementos constitutivos de la amistad íntima y la enemistad grave, por envolver estos concep-

tos apreciaciones de carácter subjetivo, la prueba tendiente a demostrar esta causal debe ser de tal naturaleza que, del estudio de ella, el juez o magistrado que falla el incidente de recusación se forme el convencimiento íntimo de que la justicia sufre mengua, en perjuicio de las partes que intervienen en el debate; de lo contrario, la sola enunciación de la causal, sin comprobación alguna, daría base para separar al recusado, con menoscabo de los intereses sociales y de la justicia. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, bis, octubre 2 de 1945). 989, 1ª

ANOMALIA PSIQUICA COMO BASE DE APLICACION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

— 12 —

La condición a que está subordinada la aplicación de medidas de seguridad, tales como el internamiento en manicomio criminal o anexo psiquiátrico, es que a tiempo de cometer el delito el transgresor padezca de anomalía psíquica, que ésta sea grave, y que el jurado así lo haya declarado.

Hay diferencia entre la grave anomalía psíquica, que ésta sea grave, y que el jurado así lo haya declarado.

Hay diferencia entre la grave anomalía psíquica y las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por circunstancias orgánicas transitorias en que se haya cometido el delito, pues si aquélla es circunstancia modificadora de la rsponsabilidad, la otra es circunstancia de menor peligrosidad.

La falta de ilustración sólo es circunstancia de menor peligrosidad en cuanto haya influído en la ejecución del delito.

La facultad de dictar autos para mejor proveer en el procedimiento del recurso de casación, fue abolida en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Los Tribunales no pueden imponer medidas de seguridad en vez de penas cuando el jurado desechó las circunstancias que hubieran podido fundar las primeras, y al proceder así, no incurren en violación de la ley penal sustantiva. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 13 de 1945). 241, 1ª

APRECIACION DE PRUEBAS

— 13 —

El Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas, más aún respecto de aquellas que sólo entrañan la comprobación de indicios. La Corte sólo puede variar la apreciación del sentenciador cuando se establece un error manifiesto de hecho (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 25 de 1945). 120, 2ª y 121, 1ª

APRECIACION DE PRUEBAS

— 14 —

La errónea apreciación de pruebas no es por sí motivo de casación sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la ley sustantiva. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 11 de 1945). 341, 2ª

ARRENDAMIENTO

— 15 —

El arrendamiento, como contrato bilateral que es, está sometido al sistema jurídico del artículo 1546 del C. C. que establece la condición resolutoria tácita para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; lo que acontece es que generalmente no procede en el arrendamiento la acción resolutoria propiamente dicha, que tiende a dejar sin efecto el contrato, restableciendo las cosas al estado anterior como si no se hubiera

celebrado, sino que apenas produce efectos sobre el futuro, debido a la naturaleza especial que le corresponde como contrato de ejecución sucesiva que hace imposible los efectos resolutorios sobre los períodos de goce ya transcurridos. Dentro del arrendamiento la resolución asume la forma, el nombre y las consecuencias de la terminación, y así, en los diversos artículos en que habla el código del incumplimiento de las obligaciones del arrendador establece el derecho del arrendatario para pedir la terminación del arrendamiento (artículos 1986, 1988 y 1990 del C. C.), del propio modo que consagra el derecho del arrendador para pedir la terminación del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones que corresponden al arrendatario (artículos 1996, 1997, ibid).

No son incompatibles las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de la reivindicación de la cosa arrendada. Bien sabido es, en efecto, que cuando el arrendatario se niega a cumplir su obligación esencial de restituír la cosa que ha recibido en arrendamiento, el arrendador tiene, para demandar su cumplimiento, dos acciones: la acción personal nacida del contrato de arrendamiento, si el arrendatario se empeña en seguirla teniendo, o la terminación con su consecuencial de devolución, en los casos que la ley autoriza; y la acción real de dominio, en los casos en que la negativa del arrendatario a cumplir su obligación restitutoria se funde en el desconocimiento del contrato y su mera tenencia y en la oposición de pretensiones de poseedor y dueño. Ambas acciones se enderezan al mismo fin de tutelar el derecho del arrendador y su ejercicio se condiciona con la actitud del arrendatario respecto del contrato. Es cierto que la diversidad de fundamentos en que tiene que apoyarse su ejercicio hace imposible que se propongan simultáneamente y como principales en la misma demanda; pero no siendo incompatibles entre sí y pudiendo sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial, no hay razón legal ninguna que impida que se proponga la acción de dominio como condicional o subsidiaria, esto es, para el caso de que no prospere la principal. Así está autorizada la acumulación de acciones en una misma demanda en el numeral 3º del artículo 209 del C. J. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 10 de 1945) 332, 2ª

ARRENDAMIENTO

— 16 —

En el caso de autos se intentaba demostrar, dentro del juicio, el contrato de arrendamiento celebrado, la carencia de un plazo y la terminación del pacto por falta de cumplimiento del arrendatario. El juicio especial de tenencia tiene lugar cuando existe la prueba del contrato de arriendo y su terminación. Tal es el caso de restitución del bien arrendado, cuando concurre alguno de los motivos que se enumeran en el artículo 1104 del C. J. En el mismo orden de ideas el acreedor deberá adoptar el procedimiento especial del juicio ejecutivo cuando quiera exigir el pago de una obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra el deudor, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse. Cuando la obligación no reúna tales condiciones, deberá adoptarse la vía ordinaria. En el caso de autos los demandantes intentaban demostrar en juicio el contrato de arrendamiento, las circunstancias por las cuales se había extinguido, la suma que el arrendatario debía por renta atrasada y los daños y perjuicios ocasionados por el mal uso de la cosa arrendada. Era, pues, adecuada la vía ordinaria y no cabía el reclamo de sus derechos en la forma planteada dentro del procedimiento especial

y sumario que reglamenta el título 37 del C. J.

De acuerdo con el artículo 209 del C. J. son perfectamente acumulables las acciones de terminación de un contrato de arrendamiento y de reivindicación. En la de cesación del contrato de arrendamiento sostiene el actor su carácter de poseedor y el demandado es simple tenedor. En la acción de dominio el actor sostiene que el demandado es el poseedor. Ambas acciones tienen como base el derecho de propiedad, la calidad de dueño por parte del actor. No hay incompatibilidad en que un propietario que ha celebrado con un tercero un contrato de arrendamiento y que dada la actitud del convenio, tema que no sólo le desconozca su calidad de arrendador, sino aún más, la de dueño, pueda ejercitar en un mismo juicio las dos acciones: la proveniente del arrendamiento fundado en el contrato, y la de dueño, en subsidio, para el caso de que no logre demostrar su primera calidad. (Casación. LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 11 de 1945). 348, 1ª

ARRENDAMIENTO

— 17 —

Conforme al artículo 2014 del C. C., el contrato, una vez terminado, se prorroga tácitamente por tres meses más si el arrendador conviene en aceptar el pago del canon mensual subsiguiente a la fecha de la expiración, "bajo las mismas condiciones de antes". Esta parte del artículo 2014 se refiere únicamente a las estipulaciones contractuales que no queden prácticamente derogadas por virtud de la nueva situación, o que no fueren incompatibles con las modalidades del pacto tácito de renovación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, agosto 23 de 1945). 1097, 2ª

ARRENDAMIENTO

— 18 —

El contrato de arrendamiento, como bilateral que es, lleva envuelta la condición resolutoria establecida en el artículo 1546 del Código Civil; de suerte que la parte contratante que ha cumplido lo de su cargo o está dispuesta a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, puede ejercitar esa acción si la otra deja de cumplir sus obligaciones. Lo que hay es que las peculiaridades de ese contrato establecen los contrastes que ineludiblemente ocurren entre otros contratos que, a su turno, tienen las suyas. Por ejemplo, resulta una compraventa, al hacerse los pagos y restituciones recíprocas del caso, las partes quedan restituídas al estado en que se hallaban antes de contratar; pero en el arrendamiento, en razón de su ejecución sucesiva habrá lugar a indemnizaciones, según el caso y, por lo demás, no pudiéndose deshacer, v. gr., el goce de la cosa arrendada en que el arrendatario estuvo, lo procedente es la terminación, y efectivamente así acontece y así están redactadas las pertinentes disposiciones del C. C., como el artículo 1996 y el 1997, y ello en casos que corresponden a violación o incumplimiento, o sea la fuente de donde se origina la acción resolutoria. Análogamente cuando a un arrendatario cumplido se enfrenta un arrendador que no lo es. Siendo aquella, en realidad, la acción incoada en el juicio, no puede entenderse que falte el requisito de igualdad de tramitación del dicho artículo 209, en su inci 2º. Tampoco se falta a este artículo, en lo tocante a su numeral 3º, por demandar principalmente la terminación del arriendo y subsidiariamente la restitución con acción de dominio, porque la oposición entre la mera tenencia y la posesión no puede entenderse como incompatibilidad de aquellas súplicas, encaminadas ambas a la recuperación de una misma cosa. Antes bien ese numeral 3º auto-

riza a proponer "subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquiera otro motivo no se consideren incompatibles. En el caso de autos no cabe pensar en incompatibilidad de acciones porque en la principal la ocupación del terreno por los reos se contempla como mera tenencia y en la subsidiaria como posesión.

No cabe invocar el artículo 4º de la ley 200 de 1936 en una acción reivindicatoria, cuando se ha reconocido por el demandado dominio distinto al del Estado, y menos aún cuando el mismo demandado se ha reconocido como arrendatario del actor. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 16 de 1945).

352, 2ª

ARRENDAMIENTO

— 19 —

Son de la esencia del contrato de arrendamiento las estipulaciones o acuerdos entre las partes sobre el goce de la cosa arrendada, el precio y el consentimiento sobre uno y otro. Siendo, como es, el goce de la cosa materia del contrato elemento esencial del convenio, una de las obligaciones del arrendador, además de la entrega, es la de mantenerle en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendado y la de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo. (Artículo 1982 del C. C.).

Entre las causas que pueden dar lugar a la extinción del contrato de arrendamiento, algunas son por hecho o culpa del arrendador, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella, hace cesión del usufructo al propietario o pierde la propiedad por su culpa, o deja de pagar a tiempo su precio. (Artículo 2019 del C. C.). Para determinar los efectos jurídicos que produce la extinción voluntaria del derecho del arrendador, hay que averiguar previamente si la persona que le sucede en el derecho de dominio está o no obligada a respetar el arrendamiento. El contrato de arrendamiento origina un derecho personal a favor del arrendatario. Nuestra legislación ha establecido, para evitar fraudes, que el arrendatario puede continuar en el goce de la cosa, en desarrollo de su contrato, cuando el sucesor haya adquirido la cosa a título gratuito o cuando habiéndola adquirido a título oneroso, presenta el arrendatario una demostración auténtica del contrato que permita acreditar que su fecha es cierta y que no ha sido fraudulentamente supuesta, conforme lo estatuye el artículo 2020 del Código Civil.

Cuando el sucesor no está obligado a respetar el contrato, el arrendatario perjudicado tiene acción personal contra el arrendador para que le indemnice todo perjuicio proveniente de la extinción del derecho causada por el hecho o culpa. El arrendador, al desprenderse voluntariamente de la cosa, puede muy bien exigir como condición en el contrato de venta, una cláusula que resguarde los derechos del arrendatario y le permita cumplir con la obligación de garantizarle el goce de la cosa arrendada.

Se define la mora del deudor como el retraso en el cumplimiento de la prestación, contrario a derecho, por una causa imputable a aquél. Según el artículo 1608 del C. C., para que se produzca la mora automáticamente, debe fijarse término para el cumplimiento de la obligación. Vencido el plazo, el deudor queda constituído en mora y no hay necesidad de reconvenirlo para el cumplimiento de lo pactado. Siguiendo el mismo raciocinio, el deudor queda automáticamente constituído en mora cuando por su hecho o culpa se pone en imposibilidad de cumplir lo convenido. Este caso se presenta cuando el arrendador, por un acto de su libre voluntad, se ha puesto en la imposibilidad legal de mantener al

arrendatario en el goce del bien arrendado, por haberlo vendido y no constar el contrato de arrendamiento por escritura pública. (Artículos 2019 y 2020 del C. C.). Establecida la existencia de un vínculo obligatorio válido, que produzca efectos civiles y que no esté enervado por alguna excepción legal, debe el deudor cumplir la obligación, tal como fue constituída; y si no lo hace, viola el derecho del acreedor. La injuria causada al acreedor, que lo faculta para pedir al deudor indemnización de perjuicios consiste, pues, en la inejecución de la obligación. Cuando se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación en la forma específica en que se contrajo el acreedor tiene el derecho de exigir la indemnización de perjuicios, sin necesidad, como algunos sostienen, de constituír previamente en mora al deudor. (Derecho Civil, Barros Errazúriz, p. 65). El comentarista francés Beudant dice, refiriéndose a los casos en que la ejecución del contrato se ha convertido en imposible: "Es en efecto, bien inútil, poner al deudor en mora cuando por razón de los hechos éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir. Esta excepción debe ser extendida a todas las hipótesis en las cuales la inejecución de la obligación deba ser considerada como definitiva: contravención a una obligación de no hacer, imposibilidad cierta de inejecución, o voluntad de las partes puede hacer inútil la postura en mora". (Curso de Derecho Civil Francés.—Beudant, Tomo VIII, número 577).

Como el contrato de arrendamiento es consensual, basta el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio, para que se tenga por celebrada la convención. Cuando se trata de inmuebles y el arrendamiento consta por escritura pública, el contrato puede oponerse a terceros y, en consecuencia, debe respetarse por quien adquiera el inmueble con posterioridad a la celebración del arrendamiento (Artículo 2020 del C. C.). Pero tratándose de un acto o contrato de un valor mayor de quinientos pesos, al tenor del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, para su prueba en juicio, se requiere que conste por escrito o mediante una prueba de igual significación, como la confesión o el principio de prueba por escrito, que puede complementarse con la testimonial. En otras palabras: no será tampoco admisible la prueba de testigos en cuanto se intente demostrar una adición, modificación o alteración de la obligación que resulte de lo pactado o contra el contrato. No cabe, por consiguiente, demostrar en contra de lo escrito por medio de prueba que no emane por escrito también de las mismas partes, o por medio de la confesión o con un principio de prueba por escrito. (Antonio Rocha. De la prueba en Derecho, p. 88). Por la naturaleza de la prueba de testigos la ley ha restringido su admisión, no aceptándola para los contratos de una cuantía superior a $ 500.00. De esta manera ha procurado obligar a las partes a pre-constituír la prueba, a fin de no dejarla sometida al recuerdo de las personas que presenciaron el acto o contrato. De ahí la imposibilidad legal de probar contra lo estipulado por escrito. Contra la prueba escrita preestablecida entre las partes, no vale sino la contraescritura, o una prueba de igual categoría como la confesión, el principio de prueba por escrito, complementado con la prueba testimonial. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 25 de 1945). .....381, 1ª y s. s.

ARTICULO 2º DEL DECRETO-LEY NUMERO 1413 DE 1942 ACUSADO EN SU INCISO 2º COMO INCONSTITUCIONAL.

— 20 —

El inciso 2º del artículo 2º del Decreto acusado no determina por sí solo en qué consiste el régimen de control ni las facultades y deberes del administrador fiduciario, ni el alcance de sus funciones, ni lo que éste deba

hacer con el producto de las utilidades de las empresas colocadas bajo su control, ni con las cuotas o dividendos que en tales utilidades correspondan o puedan corresponder a extranjeros o nacionales colombianos, pues ello es materia de otras disposiciones a las cuales se remite el dicho inciso y que no han sido acusadas, como son las contenidas en los Decretos-Leyes Nos. 59 y 147 de 1942, que llevan en sí la presunción de ser constitucionales mientras no se declare lo contrario. Sin embargo, es tan estrecha la armonía, vinculación y dependencia de aquél con respecto a éstos que propiamente puede decirse que el primero nada nuevo en realidad dispone que no esté contenido y previsto en los segundos. Así, el régimen de administración fiduciaria que consagran los Decretos 59 y 147 es el mismo que se aplica, sin variantes de ningún género, a los bienes, derechos y acciones de que habla el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1413; si en los primeros se establece el mencionado régimen con respecto a sociedades extranjeras, en el segundo también se aplica el mismo régimen para esas sociedades; si por medio de éste se colocan bajo administración fiduciaria bienes, derechos y acciones en sociedades extranjeras, en aquéllos ocurre de igual modo; si el Decreto acusado adopta el criterio o teoría de determinar la nacionalidad de las sociedades tomando en cuenta el elemento humano, o sea la nacionalidad de los accionistas que las integran, los artículos 1º, ordinal f) del Decreto 59, y 8º, ordinal a) del Decreto 143, también lo acogen con la sola diferencia adjetiva de que en éstos se requiere que la propiedad de las empresas corresponda en proporción de un 50 por ciento a ciudadanos de Alemania, Italia y el Japón y en aquél, que una "proporción importante" de las acciones corresponda a nacionales de los Estados miembros del Pacto Tripartito; pero por el aspecto de esa diferencia numérica ni el actor ha atacado la disposición que tiene acusada, pues ya se vio al principio cuál es el fundamento de su demanda, ni ella tiene repercusión alguna desde el punto de vista constitucional. Entonces resulta notoriamente claro que por cualquier aspecto que pudiera contemplarse la disposición acusada para decidir sobre su inexequibilidad práctica e implícitamente se estaría decidiendo sobre la de aquellos dos, pues el alcance y las repercusiones legales y constitucionales del inciso 2º del artículo 2º del Decreto número 1413 habría que determinarlo mediante el examen de las normas consignadas en los Decretos 59 y 147 ya referidos, es decir, entrando a estudiar la constitucionalidad de éstos, y esa es una tarea que escapa ahora y con ocasión de esta demanda a la jurisdicción de la Corte, ya que ellos no han sido acusados por el demandante. (Auto, Sala Plena, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 10 de 1945) 643, 1ª y 2ª

AUDIENCIAS DEL PROCESO

— 21 —

La prolongación de las audiencias en un juicio por Jurados, que pueda fastidiar a éstos, no es motivo para declarar que el reo se ha quedado sin defensa cuando consta que el defensor ha hecho uso de la palabra varias veces. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 18 de 1945). .....173, 1ª y 2ª

AUTO DE PROCEDER EN JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO

— 22 —

Si en los juicios en que interviene el Jurado es el veredicto el fundamento de la sentencia, y si éste es la norma que sirve al juzgador para imponer la sanción, la pena se aplica correctamente cuando es el resultado de lo expuesto en el auto de proceder y de

las afirmaciones hechas por los miembros del Jurado. Si en el llamamiento a juicio se imputó al procesado la comisión de un delito de homicidio agravado —asesinato— y si los jueces de hecho respondieron afirmativamente a la correspondiente pregunta del cuestionario, el fallador debe aplicar la pena en concordancia con el veredicto. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 15 de 1945). 248, 2l

AUTOS PARA MEJOR PROVEER

— 23 —

La Corte no puede, sino asumiendo el carácter de Tribunal de instancia, después de casar la sentencia recurrida, dictar autos para mejor proveer, y esta facultad no autoriza para suplir la omisión de las pruebas esenciales. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 17 de 1945)..... 790, 1ª

AUTO QUE DECLARA CERRADA LA INVESTIGACION EN EL PROCESO

— 24 —

El auto que declara cerrada la investigación debe notificarse al procesado para que pueda producir efectos. Mientras no se haya hecho la notificación el auto no los produce. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 10 de 1945) ..455, 2ª

AVISO DE EXPLORACION DE PETROLEOS

— 25 —

La Corte ha creído, y así lo ha dicho al hablar de adjudicaciones antiguas, que la determinación del dominio de particulares bien puede resultar del establecimiento de los linderos, bien de las medidas de las tierras, o bien de las constancias inequívocas dejadas en juicios posesorios, etc. Lo importante es que las tierras que se dicen de dominio privado se puedan distinguir de las demás de manera inconfundible.

La palabra **título** tiene una doble acepción: se puede tomar como sinónima de fuente de obligación, y en ese sentido se habla del título de venta, del de permuta, del de donación, etc. Significa también documento o instrumento, y en ese sentido se habla del otorgamiento de título, cesión de título, etc. Cuando el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 dispone que el Ministerio del ramo permita la iniciación y adelantamiento de la exploración con taladro o de la explotación proyectada en vista de los títulos, documentos y demás pruebas, parece que tomara la palabra en la segunda de las acepciones. La Corte ha entendido que en el debate judicial que origine el aviso, el interesado particular tiene que establecer el hecho de que los petróleos que pretende explotar se encuentran en terrenos legalmente salidos del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873. Para el establecimiento de ese hecho se le deben facilitar todos los medios legales al avisante.

La merced, la composición y la venta fueron los medios más conocidos en la época colonial para adquirir título particular sobre los terrenos. De esa naturaleza fueron los títulos otorgados a los descubridores de tierras, a los fundadores de poblaciones, a las Villas y ciudades, y aun a ciertas parcialidades indígenas.

La Corte tuvo ocasión de repasar la legislación española sobre tierras en América en el fallo de 5 de agosto de 1942. Recordó entonces la Corte que las Cédulas de El Pardo, expedidas en los años de 1578 y 1579, vienen a formar el estatuto principal de tierras en ese lapso. Por fingidos e inválidos habían de tenerse de conformidad con esas Cédulas los

títulos que aparecieran otorgados por quien no tenía facultad para darles. Las incursiones en tierras no entregadas en virtud de títulos legales, no estaban permitidas ni merecían amparo y protección. Los particulares debían aducir sus títulos y causas legales de dominio y posesión para que se les respetara como dueños y poseedores. El dominio eminente de la Corona sobre los territorios conquistados, produjo la ordenación contenida en la segunda de las citadas cédulas, según la cual se debía restituír al Rey todo lo que se hallara sin título válido y legítimo. La venta de tierras hubo de hacerse en pública subasta a virtud de Cédula expedida por Felipe III en 1617. La venta debía hacerse de acuerdo con la Junta de Hacienda.

Las cédulas denominadas de San Lorenzo y de San Ildefonso, expedidas por los años de 1754 y 1780, proveyeron sobre títulos respetando las normas de la anterior legislación. Las tierras del patrimonio real ocupadas sin título habían de volver al mismo patrimonio si aquellos no se confirmaban o componían. La Cédula de San Ildefonso impone respeto a la posesión adquirida en venta y composición, rechazando las ventas y arrendamientos forzosos.

En cuanto al contrato particular quedó fuera de los tres medios de adquisición del dominio, que eran la merced, la composición y la venta.

Tratándose de documentos, que deben reposar en depositarías públicas no admite la ley que se puedan suplir (artículo 1760, C. C.). Se dirá que la institución de las Notarías no ha estado siempre reglamentada como hoy lo está en nuestro Código Civil. Pero, en tratándose de documentos, expedidos por el Estado, es lo cierto que esos documentos ya se hable del régimen republicano o del que imperó entre nosotros bajo la dominación española, son auténticos, desde que hayan sido expedidos por funcionarios competentes. Los delegados del Rey antaño, como hogaño los investidos de mando y jurisdicción por la República, representan al Estado, y, cuando obran en esa representación, sus actos oficiales llevan un sello de responsabilidad y firmeza no supeditable por simples informaciones de particulares ni por certificaciones de particulares ni por certificados **ad hoc** acerca de su posible existencia y su prestancia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, diciembre 13 de 1945). 1222, 1ª

— B —

BALDIOS

— 26 —

No podría aceptarse el precedente de que si uno se presenta a pedir la adjudicación de un terreno baldío como ocupante y otro se opone a la adjudicación haya de presumirse que éste y no aquél sea el verdadero ocupante. La ley da derecho al ocupante a que se le adjudique el terreno, pero no presume que sea ocupante el que se oponga a la adjudicación y por el solo hecho de oponerse.

La ocupación, modo de adquirir el dominio de los bienes regulados por el Código Civil, también origina el derecho de propiedad sobre terrenos baldíos. Pero al paso que en el Derecho Civil común la ocupación con ánimo de dueño origina posesión y ésta hace presumir el dominio o lo engendra por el transcurso del tiempo (prescripción adquisitiva), en el régimen legal sobre baldíos la sola ocupación no funda dominio, entre otras razones, porque los baldíos no pueden adquirirse por prescripción (artículo 61 del Código Fiscal). Así, para adquirir derecho de propiedad sobre un terreno baldío se necesita título de adquisición, el cual se obtiene o a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo. Tal vez no sea

inoficioso advertir que el régimen legal de tierras baldías hace distinción entre predios rústicos y predios situados dentro del perímetro de las poblaciones. La adjudicación de estos últimos puede originarse no ya en el cultivo, sino en la construcción de edificios (artículo 7º de la ley 98 de 1928, 1º del Decreto 297 de 1935 y 7º del Decreto-Ley Nº 1415 de 1940). Ahora: cuando se solicita la adjudicación de un terreno baldío, si alguno se opone a ella diciéndose dueño, es obvio que el solicitante (y demandado) no tiene que aceptar el debate —como en general hay que hacerlo en juicio de reivindicación— sobre el punto de que el terreno sea de su propiedad. Y mal podría el demandado situar de esa manera la contienda puesto que al solicitar se le adjudique como baldío, parte del supuesto de que tal terreno carece de dueño. Por ende, en la acción judicial del que se opone a la adjudicación el punto que se ventila no es el de cuál de los dos —solicitante u opositor— sea dueño, sino el de cuál de los dos tiene mejor derecho a la adjudicación, a menos que se controvierta la calidad misma del baldío y se afirme que el terreno es un bien de propiedad privada. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 23 de 1945). 360, 1ª

BALDIOS

— 27 —

Sobre tierras baldías debe tenerse en cuenta la ley de 11 de octubre de 1821. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 1º de 1945). 605, 2ª

BIENES VACANTES

— 28 —

La acción de bienes vacantes, regulada por el Título XXIII del Código Judicial, no puede involucrarse con la de declaración de pertenencia de una finca raíz por prescripción adquisitiva de dominio, también especial, establecida y reglamentada por la ley 120 de 1928. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 11 de 1945). 712, 2ª

— C —

CAMBIO

— 29 —

El contrato de cambio es una convención por la cual una de las partes se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención. Pertenece a la clase de contratos de comisión que, a su turno, es una de las especies del mandato comercial. Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, acerca de la cantidad que debe ser pagada, el precio de ella, el lugar y la época de pago. Se ejecuta por medio de un documento de crédito llamado letra de cambio o por cheque, libranza, pagaré a domicilio o despacho ordenado por cable, o por cualquier otro sistema de comunicación. (Casación, LIX, números 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945) 755, 2ª

CANCELACION DEL REGISTRO

— 30 —

El hecho de no haber ordenado una sentencia la cancelación de un registro no puede motivar casación, pues no toda irregularidad procedimental es remediable en casación ni basta por sí para motivar el recurso. Además, en ese, como en el caso de autos, no se advierte irregularidad. A lo sumo sería una inadvertencia, y si lo fuera, se subsanaría

fácilmente. Para esa cancelación, en su caso, se oficia al Registrador por el juzgado de origen cuando a éste vuelve el expediente. Si la sentencia lo ha ordenado, entonces no falta sino oficiar; y si no lo ha ordenado, se le pide al Juez que provea a ello, como consecuencia obligada del fallo mismo. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 25 de 1945) 913, 2ª

CARACTERES DIFERENCIALES DEL HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL Y EL IMPERFECTO

— 31 —

Es el propósito, claramente establecido, el más importante elemento de diferenciación del homicidio ultraintencional y del homicidio imperfecto (frustrado), pues si en éste fue causar la muerte, en el otro apenas causar lesiones.

Cuando el Jurado declara la inexistencia del propósito homicida, no es jurídico sancionar el delito como lesiones que causaron la muerte, pues ello equivaldría a desconocer el veredicto y a crear, por lo tanto, un motivo de casación de la sentencia.

El desacuerdo entre un primer veredicto declarado contrario a la evidencia de los hechos y la sentencia fundada en el segundo veredicto, no es el desacuerdo que motiva la tercera causal de casación, porque no puede haber desacuerdo ni acuerdo entre la sentencia y un veredicto privado de fuerza jurídica. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 13 de 1945) 216, 1ª

CASACION

— 32 —

Un juicio penal no puede calificarse de inválido porque simplemente se crea que debió declararse irresponsable al procesado, bien por falta de elementos de convicción o porque el ilícito no tuvo existencia jurídica. Para un caso semejante la ley señala otro camino y le dice a quien está autorizado para formular su reclamo cuál es la causal que debe proponer.

Cuando en un proceso se ha apreciado erróneamente un hecho, como por ejemplo, cuando se ha tomado como delito un fenómeno que no tiene ese carácter, el numeral 2º del artículo 567 de la ley 94 de 1938 permite hacer una demostración de ese error al fundar el recurso extraordinario de que aquí se trata, con tal que la acusación no se refiera a un juicio en que ha intervenido el jurado. Pero el hecho de haberse aducido equivocadamente una causal no lo estima la Corte como razón suficiente para no analizar la demanda, en cuanto ella brinde la oportunidad de hacerlo. Porque la deficiencia no consiste, según doctrina más o menos benévola que la Sala ha venido aplicando, en involucrar los fundamentos al aludir a las disposiciones que regulan el recurso, sino más bien en no ofrecer ninguno. Aun cuando, de acuerdo con la naturaleza de él, sí podría exigirse un poco más de rigor del que la Corte ha usado hasta ahora. Rigor en el sentido de precisión o de exactitud, y no de dureza o acrimonia. De practicarse con el celo que parece propio del estudio de un recurso de casación, bastaría que los argumentos del demandante no armonizaran con la causal propuesta, no se ajustaran a sus precisos términos, para considerar que no había demanda, por más que esos argumentos estuvieran acordes con otra no citada. Pero tal no ha sido el criterio de la Sala, no obstante que aquella exigencia resulta la más aconsejable.

La causal 1º se refiere a aquellas sentencias en que se ha violado la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma. Casi siempre se acoge ella

como consecuencial, y rara vez se la alega como principal, como por ejemplo, cuando se ha aplicado una disposición penal por otra, o cuando hay —por mala apreciación de las circunstancias del delito y de la personalidad del delincuente— exceso en la fijación de la pena. En los demás supuestos, el error en la sanción —que es el caso más claro y frecuente de aplicación indebida en la ley penal— depende de diversas causas previstas como motivos de casación, las cuales repercuten en la causal 1ª o se reflejan en ella.

La Sala adoptó ya, por mayoría, la tesis de que la causal 2ª es impertinente en aquellos procesos en los cuales fueron jueces de hecho quienes, por medios ajenos a las reglas legales y atendiendo nada más que a su leal saber y entender, decidieron de la responsabilidad del delincuente, no correspondiendo al Juez de la causa nada más que ajustar el veredicto —si lo admite— al texto legal respectivo. Y esa tesis es hoy doctrina firme, pues además de haber sido acogida por todos los Magistrados que componen la Sala de Casación Penal de la Corte, se ha aplicado repetidamente en muchos fallos dictados por ella. Y es que esta causal toca muchos puntos que son de la libre apreciación del jurado. Y si hubiera que desconocer la validez de un fallo que descansa en el veredicto, se presentaría este dilema: o se declara que él está en pugna con lo que el proceso presenta como evidente, y entonces habría que convocar un nuevo jurado, o se absuelve al infractor. En la primera hipótesis se estaría reviviendo una causal abolida (la injusticia notoria), que es medida que el Juez puede tomar en las instancias (veredicto contrario a la evidencia de los hechos); pero que resulta inoportuna después de terminado el proceso. Y en el segundo término de la proposición se haría írrita la función del jurado y se fallaría con un criterio que no es el fijado para la decisión de aquellos casos que la misma ley estableció y que no debe ser precisamente el criterio jurídico. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, diciembre 3 de 1945) 1015, 2ª

CASACION

— 33 —

El artículo 608 del Código Judicial es una disposición reguladora de una prueba, que por sí misma no da asidero al recurso de casación. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 25 de 1945) 120, 2ª

CASACION

— 34 —

La causal de casación establecida en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial es la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, septiembre 6 de 1945) 876, 2ª

CASACION

— 35 —

En numerosas decisiones ha sostenido la Corte que es doctrina jurídica que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación, y que ha sido establecida en numerosos fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que con ocasión de él no pueden introducirse medios

nuevos, o sea, traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 6 de 1945) 137, 1ª

CASACION

— 36 —

La violación del artículo 732 del Código Judicial no da motivo a casación de un fallo, pues no toda irregularidad procesal es motivo de casación, según doctrina constante de la Corte. Las irregularidades que motivan casación son aquellas que producen nulidad, que es lo contemplado por el artículo 520 del C. J., en su numeral 6º. Por otra parte, la inspección extrajuicio "constituye una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados": tal el citado artículo 732 **in fine.** Es, pues, del fuero del sentenciador lo tocante al poder que ella tenga para convencerlo. La ley no identifica, en verdad, las pruebas practicadas con citación o intervención de ambas partes litigantes y las practicadas por una sola de éstas en ausencia y sin conocimiento de la otra. De ahí, por ejemplo, lo que acerca de declaraciones de testigos recibidas extrajudicialmente dispone el artículo 693 del C. J. La inspección ocular no está en idéntico caso, fuese tan sólo porque consiste "en el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez..", según el artículo 724 **ibídem.** (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 24 de 1945) 376, 1ª

CASACION

— 37 —

Cuando el sentenciador presenta razones y el demandante no lo hace, ni explica el por qué de su reclamo, ni hay fuente de dónde partir para emprender un estudio que requiere el planteamiento de previa controversia, puntos de vista en desacuerdo u opuestos y no únicamente la expresión desnuda de una queja, no es posible imaginar o suponer los fundamentos que tuvo el demandante para combatir el fallo. Porque si el recurso de casación es una crítica a la sentencia, lo elemental es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado; en fin, ofrecerle al debate un mínimo de ilustración y no reducirlo todo a enunciar una protesta cuya razón de ser no tuvo el demandante la precaución de revelársela a la entidad ante quien formuló su petición o su demanda. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 24 de 1945) 1002, 2ª

CASACION

— 38 —

El Código Judicial, en su artículo 471 **in fine,** señala aquello a que debe ceñirse o circunscribirse la sentencia en cada caso, al extremo de que hay lugar a casación en el evento contemplado por el artículo 520, motivo 2º; y el artículo 593 requiere demostración plena y completa al referirse a los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, en cuanto fundamenten una decisión judicial. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 2 de 1945) 939, 2ª

CASACION POR LA CAUSAL 5ª DEL ART. 520 DEL CODIGO JUDICIAL

— 39 —

La irregularidad consistente en concurrir un Magistrado a autorizar con su firma una sentencia, no obstante el hecho de haber sido recusado por enemistad grave, es incuestionablemente más grave que las previstas en la causal 5ª citada y funda más sóli-

damente que ellas la casación de un fallo, por afectar radicalmente la competencia misma del Tribunal con la intervención de un Magistrado de cuya imparcialidad puede dudarse por haberse establecido respecto a él y con su expresa aceptación, uno de los motivos que por mandato de la ley dan base racional y humana al sistema de los impedimentos y recusaciones en guarda de la respetabilidad y pureza de las sentencias judiciales. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 20 de 1945) 159, 2ª

CASACION POR DESACUERDO DEL VEREDICTO CON LA SENTENCIA ACUSADA EN UN PROCESO POR HOMICIDIO

— 40 —

Ya había dicho la Corte, en un caso similar al de autos, que "cuando el Jurado contesta afirmativamente el primer cuestionario de homicidio, es decir, la pregunta de si el procesado fue el ejecutor material del hecho y al propio tiempo niega el segundo cuestionario, esto es, el referente a la intención o propósito de matar, puede suceder que el ánimo de los jueces de conciencia sea el de aceptar que hubo un caso fortuito, o el de afirmar que el resultado del hecho superó a la intención del agente, o deducir que sólo hay nexo de causalidad física entre la acción del procesado y la muerte del otro, pero que falta el nexo de causalidad moral; en el primero de estos tres supuestos desaparece la imputación, en el segundo se presenta la modalidad del homicidio ultraintencional y en el tercero, dejando subsistente la imputabilidad física, queda negada la responsabilidad..." Ahora: contestando afirmativamente el primer cuestionario —ejecución material del hecho— pero negativamente todos los demás, no hay base segura para condenar porque las diferentes modalidades del homicidio son igualmente probables y entonces resulta arbitrario optar por una de ellas. "Podría, pues, declararse ya resuelto el punto y prescindirse de añadirle algo más a lo que parece claramente explicado." Pero a pesar de ello, no sobra decir que siempre será arriesgado interpretar extensivamente el veredicto y que esa clase de interpretación es muy expuesta al error. Quizás por eso los autores del Código de Procedimiento Penal se interesaron en ofrecer fórmulas concisas —que algunos llamaron casuísticas— para elaborar el cuestionario. Con ello se pretendía evitarle al juez de derecho la tarea de traducción de una respuesta confusa o ambigua, que es una manera de desprenderse el Jurado de su misión o de renunciar a ella, para dejarle al Juez de derecho la solución del caso. Y esto era precisamente lo que ocurría cuando, por oscuridad en las respuestas, debido, por ejemplo, a la deficiencia en el interrogatorio o cuestionario, el funcionario del conocimiento se veía precisado a convertirse en Juez de conciencia, determinando una pena cualquiera antes de patrocinar una absolución injusta en su personal convencimiento. Pero es claro que ese sistema por estar fundado en la adivinación del pensamiento ajeno con el desentrañamiento de un criterio poco expreso, tenía y tiene el peligro inherente a todo lo que sea fruto de la conjetura. Es posible que, estrictamente, la negativa del Jurado a la cuestión atañedera al propósito de matar de parte del homicida, no corresponda a un deseo inequívoco de absolver, si se ha contestado afirmativamente la cuestión primera, referente al hecho material de haber dado muerte. Pero tampoco podrá asegurarse que esta única afirmación equivalga a decisión alguna. Y en tal supuesto hay, para sostener la sentencia absolutoria, un punto de partida, cuya juridicidad no se puede desconocer: la negación de responsabilidad, implícita en el rechazo del

propósito de dar muerte, cuando se ha expuesto a la consideración del Jurado un delito de homicidio puro y simple. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 21 de 1945) 207, 2ª

CASO FORTUITO

— 41 —

La noción de caso fortuito o fuerza mayor está literalmente consagrada y, en ocasiones, repetida en diversas disposiciones del Código Civil; sin embargo, aun cuando su función está nítidamente definida en dichos textos no hay nada, empero, con respecto a su naturaleza específica. Se ha considerado como indicativo de la circunstancia de caso fortuito y fuerza mayor la presencia de una causa extraña que no se nos pueda imputar. Un acontecimiento determinado no constituye fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, un caso fortuito o fuerza mayor. Es necesario en cada caso estudiar las circunstancias que mediaron o rodearon el hecho. Para que exista el poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de falta del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable. El código habla de causa extraña que no pueda ser imputada al obligado o comprometido. Pero esto no quiere decir que la ausencia de falta sea el equivalente del caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista liberatorio en todos los casos y, en especial, en lo referente a la irresponsabilidad del deudor. Para radicar la responsabilidad es necesario establecer que un perjuicio es causado por una determinada culpa, porque sin esa relación de causalidad no habría lugar a la indemnización correspondiente. El caso fortuito o la fuerza mayor excluyen la responsabilidad por falta de la relación de causalidad entre la culpa y el daño. La consecuencia de la prueba del caso fortuito es la negación de la responsabilidad del agente. Para que exista el caso fortuito o la fuerza mayor es necesario que el acontecimiento sea imprevisible, es decir, que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad y que no se pueda resistir. (Artículo 1º Ley 95 de 1890). Pero la obligación de previsión del deudor comprende en relación con la ocurrencia del caso lo que está, dice Demogue, primeramente dentro de los límites del suceso bastante probable, en el normal desarrollo de los hechos. Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es excepcional. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septimbre 27 de 1945). 443, 1ª

CAUCION DE PERJUICIOS

— 42 —

No es, ni puede serlo, cualquiera la oportunidad para que el opositor presente la solicitud de la caución, de acuerdo con los artículos 877, 878, 880 del Código Judicial. La prestación de la caución puede ocurrir o no, según la actitud que asuma el demandante y lo que se resuelva por el Juez, pero es claro, por razones de economía procesal y de un imperativo de lógica, que la ley autoriza que se solicite y ordene la caución como cosa previa al desarrollo de la oposición que se hace y para que ella tenga su desarrollo en el juicio. Si la caución no se presta el procedimiento se paraliza o suspende, y de esa manera termina en ocasiones de modo definitivo; si la caución se presta, el trámite ordinario de la acción adelanta con más dilación o inconve-

niente. Admitir que la solicitud sobre caución se haga cuando el trámite se ha adelantado, decretándose y recibiéndose ya las pruebas, sería error maniifesto que llevaría a aceptar un procedimiento estéril e inútil. La caución tiene que ser cuestión previa al trámite de la oposición; el demandante está en el deber de solicitar que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le cause, antes de que se dé curso al procedimiento que necesariamente produce la oposición. Si se declara desierta la oposición porque no se presta la caución, no hay lugar, racionalmente, a abrir a prueba el juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, octubre 19 de 1945). 1149 2ª

CAUSALES DE CASACION

— 43 —

La causal segunda de casación del artículo 520 del C. J. se refiere al caso de que el fallo sea incongruente con el derecho o la excepción oportunamente deducidos en el juicio, en detrimento de lo preceptuado en el artículo 471 ibidem, último aparte. En otros términos, la causal procede únicamente ya cuando se resuelva sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver sobre los que han sido objeto del litigio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias opuestas a la acción, entendida la excepción como la entiende el derecho ritual, según lo antes expuesto. Por tal motivo, para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y, en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el "examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo".

La causal primera del artículo 520 del C. J., es siempre de violación de la ley sustantiva, bien por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Cuando la violación de la ley proviene o radica en la equivocada apreciación de las pruebas, el cargo tiene que demostrarse en relación con determinada disposición sustantiva. No basta alegar que se ha incurrido en error en la apreciación de una prueba, si de otro lado se omite señalar la disposición infringida. Quien así alegue se queda, como tántas veces lo ha dicho la Corte, en mitad del camino. El recurso de casación por su naturaleza especial es formalista. Se diferencia mucho de las instancias, en las que el Juez, en algunos aspectos y materias previstos, tiene cierto poder oficioso. No así en casación donde la Corte, para tener el derecho de examinar las apreciaciones de derecho o de hecho del sentenciador, requiere que en la respectiva demanda se formule el cargo, pero no de cualquier manera, sino como lo manda la ley. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 31 de 1945).....406, 1ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

— 44 —

Como lo ha sotenido la Corte en reiterada jurisprudencia, la causal de casación establecida en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial es, ante todo, la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, con ocasión de errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate o de falta de apreciación de las mismas; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, noviembre 9 de 1945). 950, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 45 —

En los juicios en que interviene el jurado no es posible admitir la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por dos razones: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción, y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación, según lo dejó establecido la comisión redactora del nuevo código de procedimiento. Es éste, por tanto, un problema de estudio exclusivo de las instancias. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 17 de 1945.

501, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 46 —

Ya la Corte ha expresado que la causal 2ª de casación en materia penal no tiene aplicación en los juicios por Jurado. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 16 de 1945). 187, 1ª

CAUSAL 5ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 47 —

La admisibilidad de la causal 5ª o su pertinencia, mejor dicho, está subordinada a la condición de que la injusticia notoria se haya alegado en las instancias del juicio. Si este punto no ha sido debatido en esa oportunidad, no cabe invocar dicha causal en el recurso de casación. (Sentencia, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 25 de 1945). 467, 2ª

CAUSAL 6ª DE CASACION

— 48 —

Fundándose la causal sexta en nulidades adjetivas del procedimiento judicial, el estudio de dicha causal, cuando se propone, debe ser previo respecto de la primera, que mira al fondo de la acción y supone la validez del juicio. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 11 de 1945). 829, 2ª

CAUSAL 7ª DE CASACION

— 49 —

La causal 7ª se funda en una razón de orden público por equivaler a la denegación de justicia, y sólo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer en un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído por la ley de organización judicial. En semejante ocurrencia, no registrada aún por la Sala de Casación, la prosperidad del recurso impone simplemente la devolución de los autos al Tribunal de origen o a otro que esté próximo a éste, para que determine lo procedente con arreglo a dercho. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 17 de 1945). 788, 2ª

CESIONARIO

— 50 —

La ley 21 de 1931, por medio de la cual se adicionó y reformó la 62 de 1928, obedeció a la conveniencia de impedir el fraude que a ésta se hacía por personas no autorizadas para el ejercicio profesional, utilizando el sistema de hacerse ceder los derechos, litigiosos

o no, para comparecer como litigando en causa propia. De ahí por qué se dispuso que quien litigara en asuntos civiles con el carácter de cesionario de un crédito, litigioso o no y cedido a cualquier título, debía ofrecer juramento en su demanda sobre su verdadera calidad de dueño del derecho, debiendo expresarlo cuando lo hiciera como mandatario, para que en este caso el Juez, oficiosamente, le desconociera la personería.

Así, pues, el artículo 18 de aquella ley, siendo una disposición meramente adjetiva, no da base al recurso de casación. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 6 de 1945). 145, 1ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

— 51 —

El artículo 363 del Código Penal denomina asesinato al homicidio **agravado o calificado,** cuando se ejecuta con el propósito de matar y en concurrencia de una o de algunas de las condiciones señaladas en los numerales del citado artículo. Estas circunstancias no constituyen modalidades accidentales o accesorias del homicidio denominado asesinato, pues son elementos constitutivos específicos que determinan su naturaleza, separándolo del homicidio simplemente intencional. Por ser cualidades esenciales o de sustancia para la integración del homicidio-asesinato, se hallan contempladas en la parte especial del Código Penal donde se señalan los hechos necesarios e indispensables para fijar la tipicidad de cada delito. En la parte general del Código, artículo 37, se hace una enumeración de las circunstancias de mayor peligrosidad, aplicables a todos los delitos en general; pero cuando estas modalidades están previstas en la parte especial como modificadoras, o como elementos constitutivos de un delito, el juzgador no puede tenerlas en cuenta para agravar la pena. Las modalidades del citado artículo son accesorias o acompañan a todo delito; pero si todas o algunas de esas condiciones se puntualizan en la disposición especial de la ley penal, ya no son cualidades accesorias sino elementos integrantes y esenciales del delito.

Si en la sentencia, y para imponer la sanción, se tienen en cuenta los diversos elementos específicos del delito, ellos no pueden valorarse, a la vez, como circunstancias de mayor peligrosidad para reagravar la pena, por cuanto ya están previstas en la parte especial como factores constitutivos del delito. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 15 de 1945). 249, 2ª

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD

— 52 —

El haber cometido un homicidio en estado de pasión excusable **no es circunstancia modificadora del delito,** como sí lo son el haberlo perpetrado en riña imprevista (artículo 384) o en estado de ira o de dolor causados por provocación injusta y grave (artículo 28); es apenas **circunstancia de menor peligrosidad del agente,** que atenúa su responsabilidad (artículo 38, ordinal 3º, C. P.) Así hay que tomar la declaración de que el delincuente obró "dominado por la pasión de los celos", sin que pueda disminuírse el mínimo de la pena señalada en el artículo 362 del código para el homicidio simplemente intencional, supuesto que es distinto el delito ocasionado por la ira o el dolor que produce una provocación injusta y grave, del motivado por una pasión excusable, como en seguida se verá. De acuerdo con el citado artículo 28 del Código Penal, para que el hecho se atenúe por la provocación, se necesita: primero, que haya habido una provocación, es decir, una ofensa al haber o patrimonio físico o moral del ofendido;

segundo, que esa ofensa o lesión o provocación sea injusta y grave, esto es, contraria al derecho, no provocada por el mismo ofendido y que tenga cierta entidad que pueda calificarse de grave; tercero, que produzca en el ánimo del ofendido reacción de ira o de dolor; y cuarto, que la persona ofendida cometa el delito como consecuencia directa de la provocación, o sea, que entre el delito y la provocación grave e injusta haya relación de causalidad. El delito cometido por provocación se atenúa, objetivamente, porque el autor de la injuria renuncia en cierto modo a las garantías debidas a sus derechos, y subjetivamente, porque el choque que produce en el ofendido despierta en él la fundamental facultad de reacción que los seres humanos tienen, produciendo, según su temperamento, ya cólera, ya pena o dolor e inhibiendo el poder de control sobre la voluntad. Algún dolo queda, pero es un dolo de ímpetu, que no demuestra generalmente grave peligro social. Por eso apuntaba la Sala en casación de 26 de octubre de 1943, que los proyectos que antecedieron al actual código traían las expresiones, muy propias, por cierto, de "arrebato de ira o de resentimiento", o simplemente de "arrebato de ira" o de "ímpetu de ira o de intenso dolor". Es obvio que la provocación puede sufrirla, ya un sujeto en estado normal, ya quien se halla bajo el influjo de una pasión cualquiera, caso este último en que la reacción será más espontánea y violenta. Para el apasionado y, en particular, para el celoso, nacen y crecen los agravios por palabras o hechos completamente inofensivos impidiendo juzgar las cosas como son en realidad. Pero de todos modos es condición esencial de esta circunstancia atenuante que haya mediado provocación, y no una cualquiera, sino una injusta y grave, como lo exige el código.

La gravedad e injusticia de que hablaba la sentencia citada de la Corte no se puede medir solamente de manera subjetiva, porque como con singular acierto lo dice la Procuraduría, lo que excusa no es la cólera o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor, esto es, la provocación. De lo contrario, todo estado emocional o pasional serviría para atenuar fundamentalmente la gravedad del hecho aun cuando ese estado tuviera el origen más innoble o antisocial que pudiera imaginarse y una tesis tan peligrosa para la sociedad es inadmisible. Si no ha habido provocación injusta y grave de parte de la víctima, si se trata de la reacción de un apasionado sin causa real que la justifique, apenas puede revelar la personalidad más o menos peligrosa del delincuente. Algunos psicólogos consideran la pasión como "emoción en permanencia", según la frase de Ribot; pero otros creen que es más bien una **inclinación** desordenada y pervertida que paulatinamente va exaltándose y haciéndose exclusiva y ciega hasta llegar a estallar en un momento dado por motivos que en muchos casos podrán ser aparentemente baladíes. Y entonces, según la inclinación exarcebada que ha llevado al crimen, se podrá decir si es indicadora de mayor o menor peligrosidad. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 27 de 1945), 471, 2ª

CIRCUNSTANCIAS DE PELIGROSIDAD. FACULTAD DE CALIFICARLAS

— 53 —

La facultad de calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad corresponde a los jueces de derecho, y la de las circunstancias o elementos del delito, al jurado.

La demanda de casación debe formularse según los requisitos del artículo 531 del estatuto procesal civil, en atención a lo prescrito por el artículo 7º del estatuto procesal penal. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 3 de 1945). 514, 1ª

CIRCUNSTANCIAS DE PELIGROSIDAD.

— 54 —

Los Jueces y Magistrados no pueden interpretar como circunstancias de mayor peligrosidad, las que el jurado apreció como elementos del delito.

La insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento, son algunas de las circunstancias que pueden poner a la víctima en condiciones de indefensión o de inferioridad; cualquiera de ellas u otras distintas, por lo tanto, puede configurar la agravación del numeral 5º del artículo 363. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 8 de 1945).

967, 1ª

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE DE ASESINATO CUANDO EL JURADO LAS AGREGA

— 55 —

Como ya lo dijo brillantemente el señor Procurador Delegado en lo Penal, "el Código Penal colombiano eleva a la categoría de asesinato el homicidio cometido intencionalmente y con cualquiera de las circunstancias que señala el artículo 363, aunque el agente haya obrado por graves e inmediatos motivos de provocación y aun con móviles nobles. Esto indica lo anticientífico y aberrante que es ese artículo, el cual indudablemente se desfiguró y alteró en su esencia en los debates que sufrió la reforma penal ante el Congreso. De ahí que, para evitar injusticias, la jurisprudencia de la Honorable Corte haya aceptado para el asesinato circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente cuando el jurado las agrega y ellas no son inconciliables con alguna de las hipótesis que plantea el expresado artículo 363... Mientras esa disposición no sea enmendada por el legislador los jueces no pueden desconocerla, aunque produzca repugnancia intelectual que puede ser asesino quien mata en circunstancias francamente atenuativas de su responsabilidad".

En el caso a que alude el proceso el demandante impugna el fallo fundándose en la teoría de la imposibilidad de la coexistencia del "asesinato atenuado"; pero no expresa por qué el fallador se apartó de los términos de la contestación de los jueces de conciencia. Más éste no es el pensamiento del recurrente. Claramente dejó comprender él en la sesión pública que el Tribunal Superior de Bucaramanga debió traducir ese veredicto, desentrañando —por encima de las declaraciones del jurado— el sentido jurídico y científico de la respuesta, entendiendo que la afirmación de la alevosía y asechanza, enfrentada a la otra, o sea, el haber obrado los infractores movidos por un dolor intenso causado por grave e injusta provocación, tenía que desaparecer del veredicto en el momento preciso de acomodarlo lógicamente a la ley. La Sala, en vez de la alegada desarmonía, halla un perfecto acuerdo, una concatenación y vinculación indiscutibles entre las dos piezas referidas. Y más, estaría dispuesta —por la índole de los razonamientos— a suponer que lo que el doctor Luna Gómez tuvo en mientes fue acogerse a la causal 7ª de casación, que trata de sentencia proferida sobre un veredicto contradictorio. Ciertamente choca contra el natural sentido de las palabras, y produce un momentáneo desconcierto, el que pueda hablarse a un mismo tiempo de "asesinato atenuado", siendo aquella figura de por sí un homicidio agravado. Pero ya el competente colaborador de la Sala explicó —y lo hizo con innegable acierto— en qué consiste y de dónde arranca esa antinomia.

La mente, en un primer impulso, rechaza la proposición, de "asesinato leve", cuya primera representación es la de ser contradictoria.

Porque el homicidio agravado, que está denominado con una palabra (asesinato) demasiado ondulante, que no corresponde a su linaje etimológico ni a su tradición histórica, no se concibe, estrictamente, sino cuando lo rigen factores —objetivos y subjetivos— que armonicen con su condición de grave. Mas si en el hecho concurren simultáneamente otros, completamente antípodas, y se reconocen a la par que aquellos que le dieron al delito fisonomía alarmante, entonces hace su aparición la perplejidad que manifiesta el doctor Luna Gómez y que en muchos otros habrá hecho presa.

El Código Penal colombiano vigente, que entre sus virtudes cuenta la de haber huído del casuísmo, esforzándose más bien por exhibirse com un estatuto resumido y breve, propio para ser aplicado por expertos, se apartó del anterior en aquella enumeración abundante de disposiciones (910), como el de Cuba, que aun cuando está considerado como el más atrevido y más francamente positivista, tiene 594 artículos, al paso que el argentino no excede de 306 y el colombiano actual llega a 435. Hé ahí una razón, que pudiera llamarse complementaria de las que ha dado el señor Procurador Delegado en lo Penal, para explicar la interpretación que los Tribunales del país y la Corte han hecho del artículo 28 en relación con el 363, o, mejor, para admitir que el primero no siempre se opone al segundo, siendo así que aquél, al atenuar la pena por la ira o el dolor del procesado, se refiere a toda infracción penal, pues dice "cuando se cometa el hecho", o sea, que no señala la sanción, ni la califica, sino que la subordina. Lo que está indicando que esa disposición se refiere a toda clase de lesiones personales, con tal, claro está, de que no se trate de hechos culposos.

El motivo determinante, que da la tónica moral y jurídica de todo acto humano, puesto que es la revelación del sentimiento e ideas del actor, es cosa distinta de las modalidades de la ejecución criminosa, y así se presentan diferentes modos de obrar.

En el caso del proceso se le planteó al jurado una precisa situación, muy concisa en el auto de proceder, y él afirmó su existencia, como hubiera podido negarla. Si algo agregó a su modo de determinarse, a ese algo se le dio un alcance modificador. y esa modificación está imperando en el fallo. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 4 de 1945). 521, 1ª

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD

— 56 —

Negada una circunstancia de asesinato por el juez de hecho no se puede considerar por el juez de derecho como de mayor peligrosidad del agente para agravar la pena, porque eso es desconocer el veredicto y en él tiene que apoyarse la sentencia. (Artículo 480, C. de P. P.). (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 17 de 1945). 501, 2ª

COADYUVANTE

— 57 —

Refiriéndose la Corte al artículo 233 del C. J. ha dicho que no basta que se alegue para intervenir como coadyuvante un interés meramente económico, sino que exista el vínculo jurídico que haga procedente la intromisión del tercero. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 31 de 1945). 1117, 1ª

COMISION

— 58 —

Cuando el comisionista celebra el contrato en su propio nombre los vínculos se forman entre los contratantes directos sin que el co-

mitente, frente a los terceros, adquiera derechos ni contraiga obligaciones, precisamente por no ser él parte en el negocio.

Los artículos 356, 357 y 359 del Código de Comercio tienen por objeto impedir que se sorprenda a los terceros que contrataron con el comisionista o que, a su vez, éstos puedan sorprender al mandante. Pero si en el desarrollo del contrato el mandante o los terceros aceptan el hecho de que el contrato fue celebrado por el comisionista en nombre del primero y, consecuencialmente, se hacen públicos entre ellos los incidentes que puedan suscitarse en el cumplimiento de la obligación, es lógico aceptar que entre ellos se ha establecido el vínculo jurídico o contractual que en un principio les fue desconocido. Tan evidente es esto que el artículo 359 del Código de Comercio faculta al comisionista para declarar más tarde la persona por cuya cuenta se contrató y dispone que hecha la declaración queda desligado el comisionista de todo compromiso y la persona nombrada (el comitente) le sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones que se desprendan del contrato. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945).

756, 2ª

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE DECRETOS ACUSADOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

— 59 —

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 214 de la actual Codificación Constitucional la competencia de la Corte para conocer de decretos acusados de inconstitucionalidad se circunscribe expresa y taxativamente a los dictados en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y el 121 de la Carta, pues la competencia para conocer de todos los demás, cuando no sean expedidos en desarrollo de aquellas facultades, corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Nacional. (Auto, Sala Plena, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 27 de 1945). 308, 2ª

COMUNIDAD EN EL ARRENDAMIENTO

— 60 —

La comunidad en el arrendamiento no puede existir sino cuando los arrendadores son copropietarios de la cosa arrendada puesto que no puede haber comunidad donde no hay derecho de propiedad en común. (Artículos 2322 y ss. C. C.). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos 2022, 2023 y 2024, septiembre 1º de 1945). 609, 1ª

COMUNEROS

— 61 —

El hecho de que el poseedor sea reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, no quiere decir que en caso de una comunidad, los comuneros que posean el inmueble lo hagan con prescindencia del derecho de los demás condueños. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 26 de 1945). 391, 2ª

CONCURSO DE DELITOS

— 62 —

En varios fallos ha tratado la Sala de este problema del concurso de delitos, que parece se presta a confusiones, porque se piensa que necesariamente cuando la acción es una el concurso es formal, aun cuando sean varias las consecuencias delictuosas. Y esto seguramente por un entendimiento defectuo-

so de la definición de tal fenómeno jurídico. La Corte, en varias sentencias, entre ellas la relativa a Gilberto Uribe, ha tratado el asunto. En ese caso, el delito tuvo origen en una infracción a los reglamentos del tránsito. El vehículo que dirigía Uribe se volcó y resultaron lesionados casi todos los ocupantes de él. Pluralidad de lesiones, pero una sola acción. Sin embargo, la Sala decidió que se trataba de un concurso real. Y esto, porque lo que distingue a uno de otro concurso no es la acción única, sino que las consecuencias sean o no separables, que se puedan o no materializar. (Casación, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 13 de 1945). 461, 1ª

CONDICIONES POTESTATIVAS. — DOCTRINA FRANCESA Y CHILENA SOBRE EL PUNTO

— 63 —

El tenor exacto del artículo 1535 del Código Civil sanciona con la nulidad las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga; pero si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá. Desde la doctrina francesa, pasando por la chilena, se ha explicado el principio anterior así: Hay dos clases de condiciones potestativas: la **simplemente potestativa**, que supone de parte del interesado, no sólo una manifestación de voluntad, sino la realización de un hecho exterior, verbi gracia: si os casáis, si vendo mi casa; y la **puramente potestativa** que depende, única y exclusivamente, de la voluntad y, por consiguiente, se formula de este modo: **si voluero**, si quiero, si lo juzgo a propósito. La condición **simplemente potestativa** es válida. La obligación del deudor, si bien depende de un acto de su voluntad se subordina también, en parte, a contingencias de las que no es dueño.

La condición **puramente potestativa** de parte del deudor no anula tampoco la convención cuando es **resolutoria.** En este caso el contrato es puro y simple; las obligaciones nacen inmediatamente, pero cada una de las partes se reserva el derecho de terminarlo cuando quiera. La facultad de resolución no impide que el contrato produzca sus efectos inmediatamente. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026, y 2027, noviembre 22 de 1945). 795, 1ª

CONDUCTA ANTERIOR DELICTUOSA DEL PROCESADO

— 64 —

La conducta anterior delictuosa de un procesado es evidentemente un signo de peligrosidad e índice legal que el juzgador toma como demostrativo de la calidad subjetiva antisocial del agente. Pero esta circunstancia no puede en ningún caso entenderse como indicio objetivo de participación sustancial en la comisión de un delito. La peligrosidad es signo de capacidad delictuosa del individuo, pero nunca prueba objetiva de su actividad. Si se tomara en este sentido, la libertad de los hombres, con antecedentes delictuosos pero ya reformados, se vería amenazada por la investigación de cualquier ilícito ya que su anterior conducta sería elemento objetivo de grave imputación. Es necesario dejar aclarado que la peligrosidad es capacidad antisocial del agente pasivo del proceso, la cual se expresa y demuestra por la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y por elementos objetivos de la infracción, circunstancia que permite agravar la responsabilidad para intensificar la sanción pero nunca tenerla como medio cierto para puntualizar o concretar el delito. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 3 de 1945). 491, 1ª

CONFESION

— 65 —

Según la doctrina, hay confesión cuando una de las partes da testimonio contra sí misma de la verdad de un hecho o de un acto jurídico expuestos por la otra como fundamento de su demanda o de su excepción. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, septiembre 20 de 1945). 934, 2ª

CONFESION EXTRAJUDICIAL

— 66 —

Al reconocer el artículo 604 del Código Judicial estos tres medios como aptos para demostrar la confesión extrajudicial: intervención de Juez que no sea el de la causa, prueba literal emanada del confesante y dicho de testigos ante quienes se haya hecho la confesión, deja al criterio del Juez apreciar la mayor o menor certidumbre que acerca de la existencia misma de la confesión pueda tenerse, según lo más o menos seguro del medio probatorio empleado para demostrarla. El artículo 608 del C. J. establece como principio que la confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta y que su fuerza es mayor o menor según la naturaleza del hecho confesado y las circunstancias que rodeen la confesión. Y agrega: "Puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma". La decisión relativa a si está probada la existencia de la confesión extrajudicial o, como dice la ley, si ella es indudable, le corresponde, pues, al juzgador de instancia. Y si del análisis que haya en determinado caso llega a concluír que "no queda duda alguna acerca de la confesión misma", "puede tener hasta mérito de plena prueba". No porque sea indudable para el Juez la existencia de la confesión extrajudicial estará obligado a asignarle necesariamente el valor de plena prueba, pero sí puede optar por ese extremo "según la naturaleza y circunstancias que la rodeen", como dice la ley. Es claro que para atribuírle a la confesión extrajudicial mayor o menor valor como prueba deficiente o incompleta y para llegar a reconocerle hasta el mérito de plena prueba en un caso determinado, deberá tener en cuenta el Juez si la confesión se efectuó tan solo de palabra o si quedó consignada en carta u otro documento; y si apenas fue hecha a un tercero o si se llevó a cabo delante de la parte contraria o en declaración ante Juez que no sea el de la causa. Porque el haberse efectuado en una u otra de esas circunstancias de modo, permitirá apreciar más aproximadamente la seriedad con que obrara el sujeto al soltar su confesión, así como también la exactitud de sus términos. Y lo mismo cabe decir de uno de los elementos esenciales de la confesión en materia civil, cual es el **animus confitendi** que es de presumirse en la confesión judicial, pero que en la extrajudicial suele ser un tanto dudoso. Muy cauto debe ser el juzgador de instancia, puesto que la ley lo deja a su prudente juicio, para estimar que se halla probada, sin que le quede duda alguna, la existencia de la confesión; más cauto al asignarle determinado valor probatorio, y más aún para atribuírle mérito de plena prueba. Pero si el juzgador de instancia yerra en esa apreciación probatoria, tal error, consistente en sobreestimación, o subestimación legal de la prueba no puede enmendarse o corregirse en casación, pues ello equivaldría a convertir el recurso en una tercera instancia.

Aun que sea dable probar por medio de testigos una confesión extrajudicial, y no obstante que el Juez tiene el poder de decidir si ella se ha establecido sin lugar a duda, como también el de apreciar el valor de la con-

fesión hasta atribuírle el mérito de plena prueba, considera la Corte que cuando la confesión extrajudicial no se ha producido delante de la parte contraria y sólo resulta probada por medio de testigos, ella no es prueba apta si se trata de obligaciones para demostrar la existencia de las cuales la ley no admite prueba testifical, pues lo contrario equivaldría a aceptar que puede eludirse la prohibición contenida en los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la ley 153 de 1887.

La confesión hecha extrajuicio tiene, en principio, tan sólo el valor de la prueba deficiente o incompleta, tanto en materia penal como en la civil. Pero en aquélla es más aceptable como prueba porque la investigación criminal busca la verdad intrínseca o trascendental ("la verdad verdadera", que dicen los italianos), y el dicho del acusado es el de un testigo —a veces el mejor— a quien más crédito podrá darse mientras más desprevenidamente declare. Por otra parte, en materia penal es necesario establecer la ecuación entre el dicho del procesado y la verdad de los hechos, pues se trata de derechos no enajenables a voluntad de aquél.

En cambio, en materia civil la confesión tiene un valor esencial diferente, pues aun cuando sea un acto unilateral, implica una especie de convenio o acuerdo entre el confesante y su contraparte, y es así como un acto de disposición del derecho sobre el cual recae. Por eso es lógico que cuando la ley excluye la prueba oral para la demostración de ciertos hechos u obligaciones, deba entenderse excluída también la confesión establecida sólo con prueba oral. Si la ley exige prueba literal, la confesión que reemplace á ésta tendrá que estar revestida también de la forma literal por motivos que al decir de algún opositor, más son jurídicos que probatorios.

Considera la Corte que la confesión extrajudicial probada apenas con testigos, de que el precio estipulado no fue de un mil quinientos pesos, en el caso de autos, no es apta para operar modificación del contrato. La existencia de una contraestipulación oculta o privada sólo puede admitirse cuando la prueba de ella sea capaz de producir certeza igual a la que ofrece la escritura misma, porque la respetabilidad y la fuerza legal de ella no es posible desvirtuarla sino en virtud de otra prueba de igual categoría. Tal prueba puede ser la de confesión, pero siempre que ella merezca el máximo de valor. La confesión no hecha en forma literal, o a la parte contraria, sino a terceros y de palabra, no es signo cierto del **animus confitendi** y en casos como éste al decir de Ricci, "probar la confesión viene a ser lo mismo que probar la conversación declarada". (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 14 de 1945). 421, 2ª

CONFESION EXTRAJUDICIAL

— 67 —

Al tenor del artículo 608 del Código Judicial la confesión extrajudicial es apenas un indicio, cuya fuerza mide el Juez según la naturaleza y las circunstancias que la rodean. La Corte en su función de casación no puede, en presencia de las mismas pruebas, reemplazar la convicción que se haya formado el juez de instancia, por la suya propia, a menos que la cuestión de hecho no ofrezca dudas en contrario. Tratándose de una prueba generalmente débil, como es la de confesión extrajudicial revelada por testigos, ella por sí misma no convence; se requieren otros elementos y circunstancias con los cuales haga juego y de los cuales se deduzca la evidencia del hecho a que tal confesión se refiere. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 25 de 1945). 121, 1ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 68 —

La ley 29 de 1931 que creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en parte alguna radicó en Bogotá el domicilio único de esa entidad. Todo lo contrario aparece del artículo 2º de esa ley. Como lógica consecuencia de él el Consejo sí puede ser demandado en cualquier parte de la República, mas no como una entidad jurídica cualquiera sino como pudiera serlo el Estado mismo, todo esto bajo la salvedad de que el Consejo debe estar representado por su Administrador General, o por la persona en quien él delegue sus funciones, y no por los Agentes del Ministerio Público. A este respecto son lo suficientemente claros los Decretos-leyes Nos. 1420, 1842 y 2465 del año de 1943. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, junio 20 de 1045).

545, 1ª y 2ª

CONTRATO

— 69 —

Las estipulaciones regularmente acordadas informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las partes, en cuanto no pugnen con las disposiciones de orden público ni con expresas prohibiciones legales. En esta forma la ley concede facultad para que los contratantes estipulen libremente y sólo a falta de esto entran en juego las normas del Código Civil para suplir, por decirlo así, la voluntad de los que intervienen en esa clase de convenciones. En el caso que las estipulaciones contractuales sean ambiguas, poco claras o deficientes, la ley da normas para definir las dudas y para desatar las situaciones conflictivas que se presenten por esa causa. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 23 de 1945).

1097 1ª

CONTRATOS CELEBRADOS POR EL ESTADO

— 70 —

Se distinguen uniformemente tres hipótesis desde el punto de vista del ejercicio de la facultad de contratar que corresponde al Estado: contratos en que no ha sido previamente autorizado por la ley, y que el Gobierno celebra en caso necesario para someter después a la consideración del Congreso, contratos que se forman sobre la base de una previa autorización y en cuya celebración el Gobierno obra ciñéndose estrictamente a las leyes respectivas; y contratos concluídos mediante una previa ley de autorizaciones, pero en cuya celebración no se han cumplido las formalidades prescritas por el Congreso, o se han incluído cláusulas que no se ajustan a la correspondiente autorización, las cuales deben también someterse a la ratificación del Parlamento.

No existiendo prueba que demuestre que el contrato fue sometido a las formalidades que debieron velar su nacimiento, queda éste en el terreno de un mero proyecto de convención, que no puede servir de base para una acción por incumplimiento de un contrato. En tal evento, la demanda no puede prosperar. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis septiembre 20 de 1945). 1126, 1ª

COPARTICIPACION CRIMINAL

— 71 —

La responsabilidad proveniente de una coparticipación criminal en la ejecución de un delito, presupone necesariamente unidad de

intención, tanto en los actos realizados, como en las personas que ejecutan los hechos tendientes a conseguir el resultado concreto de la actuación criminosa. De manera que, faltando la unidad de intención y la voluntariedad respecto de uno o algunos de los copartícipes, no podría sostenerse en el campo de una lógica jurídica que realmente se es responsable. La responsabilidad respecto del autor, autores o partícipes de un hecho delictuoso, es personal o individual, y al responder de los cargos que se les formulan en el auto de proceder, no lo hacen en forma conjunta o solidaria, sino personal; por tanto, si respecto de uno o más de los copartícipes, el Jurado niega la responsabilidad, esa respuesta negativa no implica ninguna contradicción con aquellas que la afirman, porque en tal caso, la concurrencia de los sindicados a la ejecución del delito y su respectiva responsabilidad, no son propiamente solidarias sino individuales.

La ley no establece la calidad de pruebas que el Jurado debe tener en cuenta para formar el convencimiento y pronunciar su veredicto, ni en la valoración de los elementos de incriminación está sujeto a una tarifa legal de pruebas, pues basta que su decisión se informe en los elementos de convicción deducidos del proceso, para que ella sea apreciada por el Juez de derecho. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 10 de 1945). 493, 2ª

COPARTICIPACION CRIMINOSA Y COMPLICIDAD CORRELATIVA

— 72 —

Entre la coparticipación criminosa y la complicidad correlativa no hay contradicción, al menos que está figura se aplique a casos en que el grado de participación de cada uno de los copartícipes se haya determinado en el proceso.

La complicidad correlativa, más que una excepción de la coparticipación delictuosa, es una modalidad de dicha figura, lo que no implica contradicción entre una y otra. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 1º de 1945). 479, 1ª

CORRUPCION DE MENORES

— 73 —

El delito de corrupción de menores en varios sujetos implica pluralidad de acciones y cada una de ellas revela por sí sola la ejecución completa de un delito; y esas acciones violan una misma disposición penal, es decir, se cumplen a cabalidad los dos primeros supuestos del delito continuado. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, diciembre 12 de 1945). 1043, 1ª

COSA JUZGADA

— 74 —

La cosa juzgada en nuestra legislación está tomada en sentido substancial y formal, de suerte que cualquier resolución judicial, aunque formalmente haya decidido con carácter definitivo o ejecutorio, no es cosa juzgada en la legislación positiva, aunque hay quienes confunden estos dos fenómenos jurídicos. La decisión incidental también produce preclusión, pero no debe confundirse esta figura con la de cosa juzgada.

A no tener el juzgador una valla insalvable de disposiciones legales, podría quizás idear una jurisprudencia autónoma, pensando que, resuelta una cuestión incidental, aun en procedimiento muy sumario, podrían tenerse en cuenta principios básicos de la cosa juzgada, como lo sería el interés general en que no se renueve ningún litigio y el de que nadie pueda ser molestado más de una vez por una misma causa.

Empero, la Justicia tiene que pensar que ella se mueve en frente de jure-condito y no de jure-condendo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 18 de 1945). 551, 1ª

COSA JUZGADA

— 75 —

Nuestra ley la exige expresamente al requerir que "la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes". (C. J. Artículo 474). Los comentadores suelen reducir estos tres elementos a dos, juntando los dos primeros con el nombre de identidad en la cuestión. Para que ésta exista y con ella la excepción de cosa juzgada, dice por ejemplo, el profesor Coviello, "no basta que el objeto de la nueva demanda sea idéntico al de la anterior, sino que es preciso, además, que se pida el mismo objeto por la misma causa. Por causa debemos entender el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión; de aquí que se distinga netamente de la acción, porque de un solo y mismo hecho jurídico pueden derivar varias acciones, como de la compraventa la **actio redhibitoria y la quanti minoris**; que se distinga también de los motivos o razones, así de hecho como de derecho, aducidos para justificar la demanda; de los medios de prueba que pueden ser varios respecto al mismo hecho jurídico y, finalmente, del objeto práctico o motivo psicológico que induce a entablar determinado juicio. Poco importa, pues, que la acción que se ejercita sea diversa de la anteriormente acogida o rechazada por la sentencia, que sean diversos los motivos invocados para justificar la nueva demanda, que se invoquen nuevos medios de prueba o que sea diferente el fin práctico de la demanda; la excepción existe cuando, no obstante tales diferencias, el fundamento jurídico de la pretensión es el mismo. El hecho jurídico es el mismo cuando en el nuevo se invoca el mismo hecho específico ya incoado en el anterior, y no cuando, como algunos lo han pretendido, se invoca un hecho que entra en la misma categoría o género próximo a que pertenece el que antes se hizo valer. Así, no habrá identidad de causa cuando aquél que en un juicio de reivindicación ha sucumbido por no haber demostrado la existencia de la donación como fundamento jurídico de su propiedad, intenta un nuevo juicio con el mismo objeto, si bien alegando una compraventa, un legado, etc. Así también, si en un juicio de nulidad de un contrato por error sucumbe el demandante, podrá demandar de nuevo la nulidad por otro vicio de consentimiento, como violencia o dolo..." Iguales comentarios se encuentran en la obra del profesor W. Kisch, "Elementos de Derecho Procesal Civil" que, al estudiar en sus distintas fases el tema de que aquí se está hablando, **(Rechtskraft des urteils)**, se detiene en las diferencias a que se ha aludido, en la forma antedicha, respecto del hecho jurídico y, con él, de la causa para saber si hay o no identidad en ella entre las dos demandas que ocurre cotejar cuandoquiera que se presenta el problema de la cosa juzgada. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 27 de 1945). 438, 1ª

COSA JUZGADA

— 76 —

Consiste la autoridad de la cosa juzgada en la fuerza que la ley atribuye a las sentencias judiciales de resolver definitivamente entre las partes la cuestión controvertida, en forma que ya no puede volver a suscitarse entre ellas porque es absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria. Esta

regla general sobre la fuerza relativa de los fallos judiciales, consagrada expresamente en el artículo 473 del C. de P. C., está establecida también en la disposición fundamental del artículo 17 del C. C. que dispone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. De acuerdo con este principio general, la sentencia firme en materia litigiosa termina definitivamente la cuestión entre las personas que litigan, pero no impide que quien no fue parte en ese juicio ni es de las personas a quienes legalmente afecta la sentencia, contienda sobre el mismo objeto. El principio fundamental en que se apoya la cosa juzgada opera también respecto de las sentencias en juicios sobre estado civil, pero en consideración a la importancia y trascendencia vinculadas a la certidumbre del estado el legislador ha dado a la cosa juzgada en esta clase de juicios efectos más amplios, pero condicionada esta mayor amplitud que rebasa los límites ordinarios de la obligatoriedad de los fallos judiciales, con los requisitos que se señalan en el artículo 402 del C. C., entre los cuales figura el de que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 13 de 1945). 851, 1ª

COSA JUZGADA

— 77 —

La cosa juzgada tiene por objeto alcanzar la certeza en el resultado de los litigios, definir concretamente las situaciones de derecho, hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado. Si la función jurisdiccional busca el fin —tanto dentro del campo del derecho privado como en el del público— de dirimir con autoridad los conflictos que suscita la actividad de los particulares o de los funcionarios de la Administración, es claro que aquel objeto no se alcanza sino mediante la desaparición de la materia contenciosa —el litigio— que es un fenómeno anormal dentro de la organización jurídica de la sociedad. De ahí que decida la cuestión conflictiva con la plenitud de las formalidades procedimentales y el ejercicio de los recursos establecidos por la ley, con el propósito de garantizar la mayor certeza en las determinaciones de los jueces, se repute que la manifestación de voluntad de éstos en ejercicio de la competencia que el derecho positivo del Estado le ha conferido es la verdad misma y como tal lleva en sí la fuerza legal necesaria para imponerse obligatoriamente, ya dentro del grupo de personas que intervienen en la querella, o bien a todos los miembros de la colectividad, según la naturaleza del litigio y de la decisión que le pone término. Agotados los trámites procesales y dilucidada la contención por el empleo de los recursos que en forma ordinaria o extraordinaria haya previsto la ley, no puede provocarse de nuevo la competencia jurisdiccional pretendiendo un nuevo fallo porque ello equivaldría a prolongar ilimitadamente la subsistencia de la cuestión litigiosa y a destruír el carácter de certeza que comporta el contenido de las providencias judiciales. Contra esta pretensión, contraria a las reglas que gobiernan la actividad funcional de la jurisdicción, puede oponerse el medio jurídico de la cosa juzgada para impedir que el nuevo debate prospere o que se dicte una resolución contraria a la anteriormente proferida.

No toda providencia judicial es susceptible de conformar la cosa juzgada, sino únicamente las sentencias que tienen el carácter de firmes. (Artículo 473, C. J.).

La decisión de que trata el artículo 5º de la ley 160 de 1936 no hace tránsito a cosa

juzgada y los efectos de un fallo de esta especie no vinculan irrevocablemente a las partes y pueden ser, por consiguiente, modificados como consecuencia de la solución que en el juicio ordinario llegue a conocerse. No existiendo materialmente la cosa juzgada, porque la resolución proferida en el juicio sumario no tiene tal carácter, es imposible que pueda proponerse con éxito este medio exceptivo para detener el juicio ordinario posterior.

Aunque esté en firme una sentencia puede la ley disponer que se ventile por la vía ordinaria un negocio que haya sido antes decidido en juicio especial. En estos casos no hay lugar a hablar de cosa juzgada porque el fallo pronunciado en la vía especial, por disposición expresa de la ley, no alcanza a tener fuerza de tal. Y esta fuerza, que es intrínseca a la calidad del fallo, no puede adquirirse porque llegue a prescribir el término para instaurar la demanda ordinaria ni porque hubiera caducado la acción correspondiente. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, agosto 31 de 1945). 593, 2ª

COSTAS

— 78 —

La condenación en costas, por sí sola, no prosperando ninguno de los cargos de ilegalidad sobre cuestiones de fondo, no da base a la casación por la naturaleza accesoria que corresponde a la condena, subordinada a la apreciación propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción y para la apreciación de cuya temeridad tienen los Tribunales incondicionada libertad de criterio. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 16 de 1945). 672, 2ª

COSTAS

— 79 —

La especie de condena a que alude el numeral 2º del artículo 575 del Código Judicial tiene aplicación, no solamente contra el vencido en la apelación por el solo hecho objetivo de su vencimiento, sino contra el litigante que ha sostenido temerariamente cualquiera acción, excepción, oposición o incidente, elemento éste subjetivo cuya apreciación corresponde al arbitrio de los jueces, de tal modo que no hay ninguna irregularidad legal en que se condene en segunda instancia al pago de costas en ambas, aunque el favorecido con la sentencia de la primera no haya sido apelante. Por otra parte, la jurisprudencia tiene establecido, de manera constante, que la acusación por la condena en costas es cosa que escapa a la casación, como cuestión accesoria que es, subordinada, por tanto, al estudio y decisión del problema de fondo. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 11 de 1945). 720, 1ª

CREDITOS

— 80 —

El artículo 941 del C. J. ve en los créditos a cargo de la sucesión dos clases distintas: los que constan en instrumento que preste mérito ejecutivo, los cuales se incluyen sin lugar a indagar la aceptación o rechazo de los herederos, y los que, careciendo de aquel respaldo, no se incluyen sino en cuanto todos los herederos los acepten. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 30 de 1945). 760, 2ª

CUADRILLA DE MALHECHORES

— 81 —

Por cuadrilla de malhechores, delito que el Código Penal colombiano de 1890 definía en el Capítulo 6º, Título 3º y Libro 2º, se entiende —de acuerdo con los tratadistas y expositores— una asociación ilícita (societas sce-

leris), organizada bajo la autoridad de un jefe supremo sobre el cual pesa la responsabilidad máxima, porque en él reside principalmente el pensamiento rector y en él se refunde, como en su común principio, toda la actividad criminosa. Esta, que es la idea de Pessina, fue acogida generalmente, y se puede decir que prevaleció en la interpretación de la delincuencia de esa especie. Son, pues, elementos de la cuadrilla de malhechores o "banda", los siguientes: una asociación; un número de asociados, que varía en las distintas legislaciones (tres por lo menos para el Código Penal argentino; dos por lo menos para los códigos penales de Francia y de Bélgica; y cinco, por lo menos, para el de Italia); y, además, un propósito permanente u objetivo manifiesto de cometer delitos determinados, porque es sólo a esa condición —como dice el tratadista González Roure— como la asociación por sí misma constituye un verdadero peligro para la estabilidad del orden social, y es lo que distingue esta asociación del "complot", el que por tener precisamente como fin cometer un delito determinado, es una asociación accidental. (Sentencia, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 25 de 1945). 466, 2ª

CUARTA DE MEJORAS

— 82 —

La ley 45 de 1936 en su artículo 23, da entrada a la cuarta de mejoras a los hijos naturales y a su descendencia legítima, reformando así el artículo 1242 del Código Civil, en cuanto la señalaba tan sólo para los descendientes legítimos del causante. Hoy uno o más de éstos o de aquellos (hijos naturales o descendientes legítimos de éstos) están titulados para llevar la cuarta de mejoras, la que, sobra decirlo, no ha sido ni es para ascendientes. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020, y 2021, abril 9 de 1945). 93, 1ª

CUENTAS

— 83 —

Ha dicho la Corte en distintas ocasiones que el juicio especial de cuentas versa sobre la obligación de rendirlas; que el ordinario que sigue al especial, cuando son objetadas, tiene por objeto la comprobación de éstas; pero que el objetivo final de todo el procedimiento es el de saber quién debe a quién y cuánto, cuál de las partes es acreedora y cuál deudora, debiendo determinar precisamente la sentencia si las partes están entre sí a paz y salvo cuando tal cosa resultare de los autos, o declarar un saldo a cargo de una de ellas y a favor de la otra. Ese y no otro es el fin y naturaleza propios del juicio de cuentas, como lo ha sostenido la Corte en muchas ocasiones. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, septiembre 6 de 1945). 879, 1ª

CULPA Y RESPONSABILIDAD

— 84 —

Sea por la estrecha vinculación entre la culpa y la responsabilidad, sea por el auge de la teoría del riesgo creado, sea por ambos motivos o cualesquiera otros, ello es que esos dos vocablos **culpa** y **responsabilidad** suelen usarse indistinta y promiscuamente, al extremo de establecer entre ellos algo así como sinonimia, a despecho de su incuestionable diferencia. La Sala, que en ocasiones ha incurrido en la distracción de expresarse en forma ocasionada a tomar una de esas palabras por la otra, y, con ellas, las nociones respectivas, en fallos recientes en que ha tenido que disertar sobre esos temas, ha puesto la mayor atención en distinguir entre la culpa, como generadora de responsabilidad, y ésta como su efecto, por donde queda en claro que lo presumible dentro del artículo 2356 es la cul-

pa, de la cual, en su caso, habrá o no de deducirse responsabilidad, ya la directa del autor del daño únicamente, ya la indirecta del padre, del guardador, del empresario, etc., por el hecho del hijo, del pupilo, del dependiente, etc. Pero aún en las aludidas sentencias en que analizando el artículo 2356, se dijo que la presunción contenida en él es de responsabilidad, el contexto mismo de esos fallos hacía ver que esa presunción es de culpa, entre otras razones porque ellas no dejaron de advertir la relación de causa a efecto entre ésta y aquélla, de suerte que siempre que hallaron responsabilidad fue en virtud de haber hallado culpa.

De otro lado, ese concierto y la circunstancia de partirse siempre del concepto de que esa presunción admite prueba en contrario, hace ver con toda evidencia que tal presunción no es de derecho sino legal, tal como rige y define una y otra el artículo 66 del Código Civil.

De ordinario la carga de la prueba pesa sobre el demandante; **onus probandi incumbit actori.** De ahí que tratándose de culpa de donde se derive la responsabilidad del demandado y la consecuencial obligación de indemnizar, el actor haya de probar esa culpa. Excepcionalmente lo libra la ley de esta carga presumiendo la culpa en actividades como las de que trae ejemplos adecuados a la época de su adopción y promulgación el citado artículo 2356, y como quien tiene a su favor la presunción echa a su contrario la carga de la prueba, en los casos de la índole que acaba de aludirse es del demandado esa carga. Exonerada de ella la víctima, tiene abierto el camino la eficacia de su derecho, comprometida y aún atajada muchas veces por las dificultades de costo u otras opuestas a la consecución y levantamiento de comprobantes. Esto hace ver cuán justificadamente obró nuestro legislador al establecer la presunción en referencia.

La Corte, al propio tiempo que insiste en dar al artículo 2356 la inteligencia varias veces recordada, de la cual no halla motivo para apartarse y antes bien cada día los tiene para corroborarla, no puede menos de abstenerse de regir por esa disposición legal los casos que en ella no están comprendidos. No incluír en una tesis jurídica lo no cobijado por ella, no es dejar de sostenerla. Como ya se dijo, en los casos en que la víctima de un siniestro o accidente puede acogerse el artículo 2356 y en que, por lo mismo, estando favorecida por la referida presunción de culpa puede afirmar la consecuencial responsabilidad y obtener indemnización, libre de la prueba de la culpa, si el responsable no logra desvirtuar la presunción, en los casos en que no hay el amparo de ésta, no está libre el actor de esa carga, es decir, de la obligación que por tesis general tiene todo demandante. Esta es la regla, aquélla la excepción. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 4 de 1945). 820, 2ª

— Ch —

CHEQUES — SU COBRO — ENDOSO EN BLANCO — RELACIONES ENTRE EL GIRADOR Y EL BENEFICIARIO

— 85 —

En un litigio entre el girador de un cheque y el supuesto beneficiario y, por consiguiente, también supuesto endosante (en el caso de autos había cobrado el cheque otra persona) en blanco, no cabe la responsabilidad directa del artículo 4º de la ley 46 de 1923 para presumir la autenticidad de la firma del dicho supuesto endosante y por cuanto mal ha podido endosar sin haber llegado a ser en primer término beneficiario; y ello es así siempre que se trata de colocar al supuesto beneficiario frente al girador mismo. Tal girador, para el efecto de crear las relaciones de carácter cambiario con el benefi-

ciario. entre las cuales figura la de presunción de firmas de que se ha hablado, está en la obligación de demostrar que hizo la correspondiente entrega al beneficiario, prueba que debe darse por punto general, de acuerdo con las normas del derecho común. En el caso del proceso no puede sostenerse que el hecho de aparecer el nombre de N. al respaldo del cheque es indicio o prueba de la entrega misma, es decir, del perfeccionamiento de la relación jurídica de carácter cambiario, sujeta luego, por consiguiente, a las normas de la ley especial sobre la materia, porque para poder llegar en tal evento a este resultado sería preciso que, de acuerdo con las normas del derecho común, se demostrara que la firma de N. es auténtica, es decir, que ello habría de hacerse mediante un procedimiento ejecutado por el supuesto autor de tal firma. Sólo en el supuesto de que el instrumento hubiera aparecido realmente en manos del beneficiario y en armonía con la parte final del artículo 19 de aquella ley, habría de llegar, en las mutuas relaciones jurídicas de girador y beneficiario, a presumir la entrega de ese instrumento por parte del girador (quedando así descartada en principio la posibilidad de que se lo hubiera apropiado por robo, hurto, etc.), y ya que esa parte final expresamente estatuye que "cuando el instrumento no está en poder de una parte cuya firma aparezca en él, se presume que ha sido entregado por dicha parte válidamente y a sabiendas, salvo prueba en contrario".

La presunción de ese artículo no opera en calidad de presunción oponible a quien figura como beneficiario directo de un cheque, sino, en el caso bajo estudio, en perjuicio del girador de aquel instrumento. Es que tal presunción tiende a definir una situación que frecuentemente puede presentarse, como es la de que el girador alegue que no hizo en absoluto la entrega del instrumento al girador o que no la hizo con el propósito de hacerlo efectivo, sino que le fue hurtado o robado, por ejemplo; y porque el evento de haber salido el instrumento de su poder lo pone en la necesidad de destruír la presunción de entrega establecida por la ley. En suma, mientras no quede comprobado que el girador le hizo la entrega al beneficiario del cheque, dicho supuesto beneficiario no puede ser mirado en sus relaciones con el girador como parte en el instrumento para el efecto de presumir auténtica su firma que aparezca en él y so pretexto de dar aplicación al citado artículo 4º que trata sólo de una presunción de autenticidad de firmas de quienes realmente hayan intervenido como parte en el instrumento. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nros. 2022, 2023 y 2024, julio 10 de 1945) 565, 2ª

— D —

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1900 DE 8 DE AGOSTO DE 1945

— 86 —

Habiendo expedido el Congreso Nacional la Ley 29 del 15 de diciembre de 1945, sobre prensa, que reglamentó íntegramente la materia sobre que versa el decreto acusado y que lo derogó por medio del artículo 59 de esa ley, desapareció la sujeta materia de la acusación. (Sentencia, Sala Plena, LIX, números 2019, 2020 y 2021, febrero 12 de 1945) 2, 1ª

DECRETO EJECUTIVO Nº 2736 DE 1935

— 87 —

La circunstancia de haber sido demandada una disposición de dicho decreto, no como opuesta directamente a determinado precepto de la Carta sino por extralimitación en el

ejercicio de la potestad reglamentaria, es decir, por cuanto según cree el demandante, el decreto adicionó la ley, hace ver que no es ese un decreto dictado por el Gobierno "en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional", como dice el artículo 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945, reformatorio de la Constitución Nacional. Otra disposición de la Reforma de la Constitución de 1945 confirió al Consejo de Estado las funciones de "Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo"; y un artículo nuevo de dicha reforma estableció lo siguiente: "Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución". De manera que hoy no corresponde a la Corte, sino al Consejo de Estado, conocer de la inexequibilidad de Decretos Ejecutivos como los que simplemente reglamentan las leyes. (Auto, Sala Plena, LIX, números 2019, 2020 y 2021, abril 6 de 1945) 13, 1ª

DECRETO Nº 181 DE 1942, ACUSADO COMO INEXEQUIBLE EN SUS ARTICULOS 1º Y 2º—EXEQUIBILIDAD DE LA PRIMERA PARTE DEL ARTICULO 1º—INEXEQUIBILIDAD DEL PARAGRAFO DE ESE ARTICULO Y DEL ARTICULO 2º—NO DEBE CONFUNDIRSE LA CALIDAD DE CIUDADANO CON LA DE NACIONAL COLOMBIANO.

— 88 —

El conocimiento de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno quedó adscrito a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, menos cuando sean esos decretos expedidos en ejercicio de las facultades de que trata el ordinal 12 del artículo 69 de la Carta (Reforma Constitucional de 1945, vigente desde el 16 de febrero último).

Las medidas que el Gobierno se ha visto en la necesidad de adoptar en el Decreto número 181 de 1942, de carácter preventivo y transitorio ("mientras dure la actual situación de emergencia internacional"), son no sólo de orden público sino también derivación de un pacto de solidaridad bien conocido. De manera que por el exclusivo hecho de haberse establecido sanciones para quienes se comprometan en actividades contrarias a la seguridad nacional, no puede decirse que se haya violado la Constitución, en lo tocante a sus artículos 19 y 42. El primero no veda el arresto de los nacionales o extranjeros, ni el registro de domicilios, ni otras formalidades, productoras ciertamente de molestias, sino que subordina esos actos a estas dos condiciones: a) que la autoridad que los cumple sea legítima; y b) que los motivos que a ellos den lugar estén definidos como infracciones en las leyes. Lo mismo ocurre con el derecho de reunión, que es parte de los derechos o garantías sociales y que son comunes a todos los habitantes del territorio nacional, a diferencia de los derechos políticos, que sólo se reservan para los nacionales mayores de veintiún años. Este derecho, el de reunión, tiene un límite: que no afecte la tranquilidad pública o que no vaya contra la moral o el orden legal. Luego si un decreto extraordinario dispone que las actividades opuestas a aquella seguridad son transgresiones que deben reprimirse con tales y cuales penas, no hay razón para alegar que se ha obrado con desconocimiento de las normas constitucionales citadas. También aduce el demandante que se ha violado el artículo 22 de la Constitución al prescindirse en el decreto acusado de las reglas consagradas en

la Ley 22-bis de 1936, para "imponer sanciones a los nacionales por adopción". Pero es preciso advertir que esta ley trata de la "revisión de las cartas de naturaleza" o credenciales de nacionalidad que se hayan otorgado. Tal consideración basta para desechar el cargo que por este aspecto se le hace al decreto materia de la demanda. Lo relacionado con la competencia y las sanciones es cuestión de creación legal y no constitucional y el Decreto número 181 de 1942 podía designar la autoridad que castigara los hechos que allí se mencionan y establecer las respectivas medidas para prevenirlos.

Como no existe en la Constitución disposición que diga que ninguna ley podrá privar a los nacionales de los derechos políticos, está fuera de lugar el argumento propuesto por el demandante y referente a que el Decreto número 181 de 1942 viola el artículo 10 de la Carta. Si el alcance de esta disposición fuera el que pretende darle el actor no se podría imponer sanciones que llevaran anexas la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas a los delincuentes nacionales. Según lo dice Duguit, con el nombre de separación de poderes se entiende una colaboración de órganos de representación y una repartición de funciones. Hay, pues, separación de funciones pero no de órganos.

No siendo racional suponer en el nacionalizado la misma firmeza en los vínculos adquiridos con el país adoptante, apenas rotos los anteriores con el país de origen y comparar sus relaciones respecto del nuevo Estado con las de quienes están ligados al país con más fuertes lazos, sí podía el legislador —o el ejecutivo en su caso— adoptar medidas indispensables para prevenir situaciones que comprometan el orden público y la seguridad del Estado, que es de lo que trata el Decreto número 2190 de 1941. Y dentro de las normas de la Constitución nada impide que esas medidas u otras, de finalidad preventiva, puedan ser aplicadas también a nacionales colombianos que se coloquen en las mismas condiciones contrarias a las conveniencias del Estado. Esto, desde luego, no podrá entenderse como una equiparación jurídica de nacionales colombianos con extranjeros. Así, pues, no es inconstitucional la primera parte del artículo 1º del Decreto número 181 de 1942.

No hay que confundir la calidad de ciudadano con la de nacional colombiano. El ciudadano —dicen los expositores— es el sujeto de los derechos políticos; la ciudadanía es la que capacita para el ejercicio de las funciones públicas. Y ésta (la ciudadanía), común a todos los colombianos por nacimiento o por adopción, mayores de veintiún años, se pierde así: automáticamente cuando se ha perdido la nacionalidad; y mediante decisión judicial en los demás casos, que bien pueden acarrear la mera suspensión o la privación (interdicción), que es siempre temporal. por grave que sea el delito que a ella dé lugar. El no tener, v. gr., profesión u oficio, no era conforme a la Constitución de 1886, motivo de privación de la ciudadanía, sino de suspensión de la misma, la cual se podía recobrar demostrando el interesado que ya se había procurado medios de vivir honestamente. La reforma constitucional de 1936 resolvió dejarle a la ley el señalamiento de los casos de pérdida o suspensión de la ciudadanía, apartándose en esto de la Constitución de 1886, como aparece de los artículos 16 y 17. La reforma Constitucional de 1945 le atribuyó al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la facultad de expedir cartas de naturalización. La de 1936 decía "cartas de ciudadanía", tomando esta palabra (ciudadanía) en el sentido de nacionalidad o naturaleza, puesto que propiamente no hay **cartas de ciudadanía.** Y a este propósito —el de la ciudadanía— debe advertirse que antes de ser expedida la última reforma el varón colombiano mayor de

veintiún años solamente se llamaba ciudadano. Hoy basta ser mayor de veintiún años, o sea, que la mujer de esa edad tiene el carácter de ciudadana, aun cuando no pueda ejercer la función del sufragio ni ser elegida popularmente (artículo 14 de la reforma de 1945). De modo que la condición de ciudadano no se confiere por acto especial ninguno, sino únicamente por el hecho de reunirse en el individuo las condiciones que acaban de expresarse. No sucede lo mismo, en cuanto a este particular y al de la suspensión, con la calidad de nacional colombiano por adopción. Esta calidad requiere un acto del Presidente de la República (artículo 115, ordinal 1º), y la Constitución de Colombia, en su artículo 8º, sólo prevé el caso de pérdida de la nacionalidad mas no el de la suspensión, lo que dejaría al individuo en una situación **sui generis**. O se es o no se es colombiano. El término medio de la suspensión es un fenómeno no previsto sino únicamente para la condición de ciudadano. De donde se deduce que cuando el parágrafo del artículo 1º del decreto acusado autoriza al Gobierno para sancionar por medio de la resolución ejecutiva a los nacionales por adopción con la "suspensión de los efectos de las cartas de naturaleza expedidas a su favor", se está autorizando algo que es contrario a la Constitución. E igual cosa ocurre respecto del contenido del artículo 2º, o sea en cuanto reglamenta esa suspensión, o al menos le señala sus efectos. La Corte, por consiguiente, debe reconocer y reconoce, que el parágrafo del artículo 1º y el artículo 2º del Decreto número 181 de 1942 violan el artículo 8º de la Constitución Nacional (Sentencia, Sala Plena, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 23 de 1945). 18, 2ª y s. s.

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS DECRETOS NUMEROS 1640 Y 1644 DE 13 Y 14 DE JULIO DE 1944 — CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PARA FALLAR SOBRE DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD DE DECRETOS REFERENTES A LEVANTAMIENTO DEL ESTADO DE SITIO. — COMPETENCIA DE LA CORTE DE ACUERDO CON LOS ARTICULOS 117 Y 118 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — QUE SE ENTIENDE POR "FACULTADES LEGALES" CONFORME AL ESTATUTO FUNDAMENTAL. — ESTADO DE TURBACION DEL ORDEN PUBLICO EN CASO DE GUERRA EXTERIOR. — ESTADO DE BELIGERANCIA Y SU RECONOCIMIENTO.—CIRCUNSTANCIAS DE BELIGERANCIA EN QUE SE DICTO EL DECRETO Nº 1640. — PREVALENCIA DE LAS LEYES ACERCA DE LA SUSTANCIACION Y RITUALIDAD DE LOS JUICIOS SOBRE LAS ANTERIORES. — ESE DECRETO NO DEFINIO LOS DELITOS NI ESTABLECIO LAS PENAS, SINO QUE PROVEYO AL MODO DE JUZGAMIENTO.

— 89 —

No se ve por qué no haya de conocer y fallar la Corte una demanda sobre un decreto extraordinario, de los que se contemplan, presentada cuando la norma se hallaba vigente, el orden público se hallaba alterado y en estado de sitio la República. La decisión de la Corte puede venir después de la fecha en que se levanta el estado de sitio, pues el decreto bien puede expedirse con una antelación tan corta respecto a ese hecho de la terminación de la anormalidad, que el conocimiento, trámite y sentencia serían físicamente imposibles en el corto espacio anterior a tal hecho, lo que indica que en el espíritu de la Constitución está que pueda la Corte decidir aun

después de que se haya declarado restablecido el orden público, para que se pueda cumplir el propósito de tutela constitucional que consagra el artículo 149 de la Constitución.

De lo dispuesto por el artículo 117 de la Constitución Nacional, en concordancia con el 118, se infiere que el decreto por el cual el Presidente con sus Ministros declara turbado el orden público, no cae, por su naturaleza, bajo el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, sino cuando no haya sido firmado por todos los Ministros o carezca del dictamen del Consejo de Estado.

Examinando los poderes de que va investido el Gobierno mientras dura el estado de turbación del orden público desde cuando se expidió la Constitución de 1886 hasta cuando se transformó, en la reforma del año 1910, el estatuto que en aquella había consagrado el régimen de los poderes y facultades del Presidente de la República en los casos de turbación del orden público, tendía a investir al Presidente de la República de poderes bastantes para atender a la conservación del orden interno y a la defensa de la soberanía nacional, y a procurar al propio tiempo que el ejercicio de esas facultades se ordenara dentro de ciertos cauces de legalidad.

Tanto el artículo 120 de la Constitución de 1886, hoy el 115, como el 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910, hoy 117 del Estatuto, tratan de orden público, de su turbación y de la manera de restablecerlo el Presidente de la República. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados y los decretos que expida el Gobierno en las circunstancias difíciles que los hicieron necesarios, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan, por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas en la Carta, el sello de su legitimidad constitucional. La Constitución sigue rigiendo, claro está, durante la alteración del orden, pero su vigencia ordinaria se suspende, como la de todas las leyes, mientras dura la perturbación, para dar entrada a su vigencia extraordinaria de legalidad marcial, en cuanto sea ello necesario para que se cumpla por el Jefe del Estado una misión tan grave y alta que lo coloca, por previsión del Constituyente, por encima, transitoriamente, del Cuerpo Soberano Legislativo del país.

En virtud del artículo 117 de la Constitución puede el Gobierno dictar decretos de carácter obligatorio durante la turbación del orden público, y aun decretos extraordinarios, en ejercicio de sus **facultades legales.** Por éstas debe entenderse las que emanan de las leyes, entre ellas la Constitución y las otras que desarrollan sus preceptos. Para la emergencia de la turbación del orden público pueden los decretos estatuír respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Puede aun el Gobierno, por medio de esos decretos extraordinarios, hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz. Estima la Corte que las **facultades legales** de que trata el Estatuto pueden ser objeto de determinación por el Congreso, mediante normas especiales.

La Corte, al ejercer su función de guardián de la Constitución en cuanto a la exequibilidad de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno durante el estado de turbación del orden, habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República.

De acuerdo con el mismo artículo 117 de la Constitución queda autorizado el Presidente de la República para declarar, en caso de

guerra exterior —como en el de conmoción interior— con la firma de todos los Ministros, turbado el orden público y en estado de sitio la República. El Derecho Público de las naciones y el Internacional de los Estados, escrito o consuetudinario, y el que se origina en diversas fuentes que crea la convivencia de los países, producen formas de expresión de la voluntad de cada pueblo que no son las tradicionales, pero que tienen aplicación y aceptación como modos para manifestar el querer de los Gobiernos que representan. El estatuto colombiano no contempla, como es obvio, las maneras de expresión de la voluntad del Gobierno y del Senado y deja así a la libre estimación, según las circunstancias y costumbres de cada época, el cabal cumplimiento de las exigencias constitucionales. En caso de guerra exterior entra en vigor el régimen especial que el Estatuto ha previsto para la acción del Gobierno, y éste tiene en tales circunstancias los mismos poderes de que se halla investido en caso de turbación del orden público por motivo de conmoción o de guerra interiores.

Cuando se dictó el Decreto número 1640 sobre convocatoria de Consejos de Guerra Verbales, el país se hallaba en estado de beligerancia con una potencia extranjera, para declarar la cual no se emplearon ciertamente palabras sacramentales, pero las declaraciones del Gobierno y del Senado de la República expresan claramente el reconocimiento del estado de guerra a que había llegado una nación contra Colombia y el estado también de guerra en que Colombia entraba desde ese momento, para responder a la acción bélica de que era objeto. Al dictarse el Decreto número 1640 aludido, fuera de la turbación del orden público interno, el país se hallaba en estado de guerra internacional. Además, se cumplía, al dictarse ese decreto, la circunstancia prevista por la ley militar vigente, artículo 104, de hallarse la Nación, por aplicación extensiva de la frase legal, **en situación de campaña**, de la autoridad ejecutiva contra el movimiento subversivo del Ejército. Los delitos por los cuales se juzgó a los rebeldes del 10 de julio fueron ejecutados durante la época en que se desarrollaban operaciones de guerra, aunque es lógico que su preparación debió ser anterior a los actos materiales que culminaron en la conmoción interna del 10 de julio, y que determinaron la declaración del estado de sitio. En esas circunstancias sería imposible desconocer que los delitos que debían juzgar los Consejos de Guerra Verbales fueron cometidos **en campaña**, porque eso sería apartarse de la realidad de los hechos y darle a aquella expresión un significado ceñido enteramente a la literalidad, lo que no se compadece con la función que le corresponde al intérprete de la ley, ya que éste debe atender ante todo al fin social de la norma. Tal requisito de haberse obrado **en campaña** es puramente legal, y no es de aquellos que no pueden suspenderse o reemplazarse, en cuanto a su contenido, por la legislación extraordinaria que se dicta durante la turbación del orden público.

Son infundados los cargos de inconstitucionalidad del decreto mencionado en cuanto se pretende que viola los artículos 22 y 24 de la Carta, pues tal decreto no define delitos ni establece penas, sino que provée al modo de juzgamiento, asunto diferente que no está comprendido en la norma del citado artículo 24. Como muy bien lo dijo el Procurador General de la Nación, "en el decreto acusado no se habla siquiera de los hechos delictuosos ni de las penas que habrán de imponerse, pues ello se deja, por así disponerlo la Constitución, a las leyes preexistentes a tales hechos. Tampoco se crean nuevos Tribunales ni se establecen formas nuevas para los correspondientes juicios, pues éstos ya existían antes de que se expidiera el decreto. Lo único que se hace por medio del decreto

que tiene fuerza legislativa, como expresamente lo dice el numeral 8º del artículo 113 de la Constitución, es disponer que para el juzgamiento de los hechos delictuosos de que allí se habla, erigidos en delitos con anterioridad al decreto, se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 104 y siguientes de la Ley 84 de 1931". Se cumplió, pues, el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, que dispone que las leyes sobre sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Por consiguiente, al relacionar las dos disposiciones, el artículo 40 y 43 de la citada ley, resulta que las leyes que establecen tribunales y determinan el procedimiento —como el Decreto 1640— prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Es infundada, por consiguiente, la tacha de inconstitucionalidad de ese decreto.

El Decreto 1640 no viola el artículo 117 del Estatuto porque no derogó, como se ha afirmado, las disposiciones del Código Militar, sino que tan sólo dio aplicación a normas nuevas autorizadas por la Carta, suspendiendo al propio tiempo, como podía hacerlo, la vigencia de las anteriores mientras duraba el estado de turbación del orden.

Los decretos extraordinarios son medidas adoptadas por el Gobierno en uso de las facultades que le ha conferido la declaración de turbación del orden público. Turbado éste, y en estado de sitio la Nación, el Presidente dicta decretos extraordinarios legislativos. El Presidente con sus Ministros tiene entonces la facultad legislativa (artículo 113, numeral 8º). Sus providencias en ese estado son el ejercicio natural de esas facultades extraordinarias de que queda investido en virtud de la medida sobre turbación del orden público, a la cual se refiere concretamente el artículo 117, como acto principal, para cuya ejecución sí se requiere que el Presidente oiga previamente al Consejo de Estado. Los otros decretos que dentro de los límites de turbación del orden dicta el Gobierno tienen carácter obligatorio "siempre que lleven la firma de todos los Ministros", único requisito para que entren en vigencia.

Tampoco viola el decreto citado el inciso 4º del artículo 117 por haberse producido el golpe de Pasto en circunstancias de una singular complejidad, por tratarse de una rebelión del Ejército mismo, que alteró su disciplina y su régimen y que dio por resultado la prisión del Presidente de la República. Así, pues, que aun cuando el alzamiento se hubiera reprimido, sus graves consecuencias continuaban para la vida de la República y para la estabilidad de sus instituciones jurídicas. En tales circunstancias no se podía afirmar que se hubiese vuelto de un momento para otro al estado de normalidad. (Sentencia, Sala Plena, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 12 de 1945). (1) ... 30, 2ª y s. s.

DECRETO Nº 2931 DE 1944

— 90 —

En el caso de autos sostiene la Corte que se está en presencia de un decreto ordinario expedido por el señor Presidente de la República, y como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Acto Legislativo número 1º de 1945, reformatorio de la Constitución Nacional, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de la facultad de que tratan los ordinales 8º y 9º del artículo 69 y 117 de la Constitución, la Corte estima que carece de competencia para juz-

(1) Salvaron su voto a esta sentencia los Magistrados doctores Víctor Cock, José Antonio Montalvo, Domingo Sarasty M. y Arturo Tapias Pilonieta. (El Relator de la Corte).

gar de la demanda y se abstiene, en consecuencia, de seguir conociendo de ella. (Auto, Sala Plena, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 14 de 1945). 79, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 91 —

Hay diferencia esencial, desde el punto de vista del valor de la prueba, entre el caso del artículo 719 del C. J. y el que reglamenta el 720. En el primero, explicado, ampliado o aclarado o no el dictamen, la prueba conserva su valor demostrativo, calificable en la sentencia de fondo, mientras que en el segundo, si se declara fundada la objeción por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, el experticio pierde su eficacia legal, se destruye o invalida. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 5 de 1945). 85, 2ª

DONACION ENTRE VIVOS

— 92 —

El traspaso de bienes a título gratuito es por sí causa satisfactoria, y válida la trasferencia de bienes, pues de acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil la pura liberalidad es causa suficiente de las obligaciones. Otra cosa es que el fenómeno de la donación entre vivos, esté sometido a determinados requisitos como escritura pública, cuando recae sobre bienes raíces, e insinuación, cuando pasa de dos mil pesos, sin los cuales se anula y no produce efectos. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 25 de 1945). 121, 1ª

DOCUMENTO O PRUEBA SECRETA

— 93 —

Documento o prueba secreta quiere decir documento reservado y oculto, prueba reservada u oculta. Por consiguiente, en un juicio criminal, que por su naturaleza es público y en el que precisamente tanto los elementos probatorios del delito como los que conciernen a la responsabilidad deben estar presentes en el proceso, para que las partes y en especial el acusado los conozcan y pueda éste defenderse de los cargos, sería inadmisible que ese medio de convicción se matuviera en reserva, para al final sorprender al acusado con una sentencia no esperada por él y contra la cual no estuvo en capacidad de ejercitar el derecho de la defensa. Y de allí la necesidad de establecer un recurso extraordinario para tales posibilidades. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 16 de 1945). 192, 2ª

DETENCION PREVENTIVA

— 94 —

Cuando la orden de detención se dicta como consecuencia del auto de proceder, aquella forma un todo indivisible con éste para los efectos de los recursos que sean procedentes. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 18 de 1945). 198, 2ª

DELITOS MILITARES

— 95 —

La Constitución Nacional, en su artículo 170, consagra un fuero especial para los delitos cometidos por los militares en servicio activo y con relación al cumplimiento y ejercicio del mismo, precepto que se encuentra establecido en los artículos 7º y 11 de la Ley 84 de 1931. La ley somete al juzgamiento de la justicia militar aquellos negocios que son inherentes a ese servicio, conforme al artículo 10 de la citada ley. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 22 de 1945). 227, 2ª

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 96 —

Estima la Corte que cuando el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la **demanda** a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 ibídem no indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen. No basta que se manifieste, por ejemplo, que los hechos determinantes y los eximentes de la responsabilidad o de la sanción fueron interpretados con exceso de rigor y pasados por alto, pues es necesario que se expresen con claridad esos hechos o esas circunstancias pretermitidos o apreciados equivocadamente, ya que no está de acuerdo con la naturaleza del recurso de casación pretender su prosperidad con afirmaciones genéricas sin que se haga un esfuerzo por demostrarlas. Ello no quiere decir que la demanda no pueda y deba ser interpretada como las leyes y los contratos; pero lo que no puede la Corte es tomar el lugar del demandante supliendo vacíos esenciales, porque sería convertir en una tercera instancia aquel recurso extraordinario. La Corte ha procedido en múltiples ocasiones con un amplio criterio de interpretación en favor del procesado para no sacrificar la justicia a la forma; pero no puede llegar hasta el extremo de reemplazarlo en la indicación y estudio de los motivos que en la sentencia recurrida aparezcan como perjudiciales para el mismo. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 20 de 1945). 252, 2ª

DOCUMENTOS PUBLICOS

— 97 —

Tales documentos —los relativos a la administración de los Ferrocarriles Nacionales— hacen plena prueba al tenor del art. 632 del C. J., por emanar de funcionarios que ejercen cargos por autoridad pública en ejercicio de sus funciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 19 de 1945). 280, 2º

DECRETOS LEYES NUMEROS 2806 DE 1936, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL EN TODAS SUS DISPOSICIONES, Y 326 DE 1938 EN SU ARTICULO 1º

— 98 —

La confrontación entre el texto de cada una de las leyes invocadas como fundamento de esos Decretos, y las disposiciones de los Decretos respectivos acusados, basta para hallar inaceptables los cargos sobre arrogación de facultades o autorizaciones no conferidas al Ejecutivo por el Congreso. Este concepto es de la más diáfana claridad en lo tocante al Decreto de 1936, pues que versa sobre el modo de pagarse las importaciones, y es inadmisible siquiera suponer que la reglamentación de este detalle quedara excluída de las amplias autorizaciones de la Ley 31 de 1935 para modificar las disposiciones vigentes sobre control de cambios y exportaciones, máxime si no se olvida que ésta se dictó con la atención puesta en la balanza internacional de pagos y en defensa de las reservas de oro del Banco de la República, según su artículo 7º Cuanto al artículo 1º del Decreto de 1938, que es el principal blanco de los ataques de los acusadores, se tiene que, según ellos, autorizado el Ejecutivo para controlar determinadas operaciones, dio a otras

una calidad de que carecen, con tal de incluírlas dentro de la autorización conferida para sólo aquéllas; de suerte que en esta forma se extendió su facultad más allá de donde la había recibido. Versa el cargo sobre la locución **Cambios Internacionales**, elásticamente entendida por el Ejecutivo en dicho artículo 1º, al decir de la demanda. Presenta ella a tal fin ejemplos de actos a primera vista inocentes e inocuos ante el control y aun extraños al mismo y a los peligros que aspira a conjurar. Pero el razonamiento no puede detenerse en esa apariencia dejando de lado los pasos que han de seguir o sencillamente es de esperarse que seguirán a esos actos que, por lo tanto, si mirándolos aisladamente podrían considerarse como inocuos, no lo son por las consecuencias a que dan lugar ni menos por las finalidades a que de ordinario precisamente se encaminan como simples medios, ya que una elemental prudencia obliga al legislador a prevenir aquello que quiere que no suceda, en vez de limitarse a castigar las infracciones ya consumadas. Tal previsión, obligatoria siempre, con más veras lo es cuando el interés del país está comprometido en sectores de su actividad de predicamento máximo evidente y en horas de singular gravedad para el mundo.

Que el movimiento de las disponibilidades y créditos de todo orden existentes en el país no pueda considerarse cambio internacional si dentro del país se efectúa, es concepto que participa de la aludida apariencia favorable inicial. Esta se disipa al examinar el fondo y ver que ese movimiento tiene que consistir en traslados o, con más precisión, forzosamente los implica, e impone, por lo cual, a no habérsele incluído en el Decreto, abierto habría quedado un sencillo y seguro escape a las restricciones con que él y otras numerosas medidas sucesivamente acordadas durante la guerra mundial han procurado lograr los ya expresados fines de interés público, y también se faltaría al sentido rigurosamente lógico de aquella locución **Cambio Internacional** que los demandantes restringen en exceso. Por ejemplo: negocian entre sí en el país dos casas extranjeras o colombianas ambas, o una colombiana y otra extranjera, lo que para el caso no establece diferencia, en forma que los fondos que una de ellas tiene en Colombia se trasladen a la otra aquí para reembolsárseles en el exterior; si ello hubiera de realizarse libremente, a más de no pasar esa operación por los trámites y ante las autoridades que las vigilan y controlan y quedar fuera del conocimiento oficial, dejaría de entrar al país el dinero que a él tendría que traer la compañía que, necesitándolo aquí, lo ha obtenido de aquel modo; y, por otra parte, se tendría también —y este detalle es decisivo al respecto— que esta compañía para reembolsar a la otra los fondos que de ésta recibió tendría que valerse de giro u orden de pago en el país extranjero correspondiente, circunstancia imprescindible ésta, como anexo o elemento constitutivo de tal operación, que da la calidad de cambio internacional incuestionable a un acto carente de ella ante el criterio de los acusadores.

Los consumos de un colombiano en el exterior hechos con fóndos colombianos, no dejan de implicar por su lado un cambio internacional, puesto que es con giros sobre el exterior como a sus manos llegan esos fondos. Que en cada caso individual las remesas no sean copiosas, no es razón para desconocer que implican cambio de esa clase. A los colombianos que se hallan en el extranjero temporal u ocasionalmente no es a los que mira el decreto, porque, sin perjuicio de la vigilancia y control, referente a todos, aquél en su disposición acusada habla sólo de los domiciliados.

No puede pasarse por alto la diferencia entre reglamentar y prohibir. El Decreto no prohibe en sí las operaciones a que se refiere

sino que las somete a ciertas formalidades, cuya congruencia con los fines del control salta a la vista. De resto, las sanciones son el complemento obligado de las ordenaciones, pues, como siempre se ve en las leyes, ellas no acogen en pie de identidad lo que obedece y desobedece sus preceptos. No sobra en este sentido recordar el artículo 6º del Código Civil.

En suma, el Decreto de 1938 no peca del exceso o abuso de las autorizaciones conferidas al Ejecutivo en la ley invocada para dictarlo. Y, hallándose con mayor sencillez que otro tanto acontece con el de 1936, se ven libres ambos de inconstitucionalidad que la demanda les atribuye al considerarlos desde ese punto de vista, esto es, en relación con tales leyes. (Sentencia, Sala Plena, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 26 de 1945). 315, 2ª

DELITOS DE INTERVENCION EN LA POLITICA

— 99 —

Las actividades de los funcionarios judiciales que desempeñan el cargo de miembros de los Concejos Municipales no constituyen delito de intervención en política cuando tales actividades se dirigen a la defensa de los bienes del respectivo municipio.

Hay, no obstante lo anterior, una evidente incompatibilidad ética entre las actividades del funcionario judicial y las de concejal desempeñadas por una misma persona, ya que en ocasiones el último puede verse complicado dentro de las mencionadas Corporaciones en debates de carácter político con apariencias de administrativo. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 2 de 1945). 451, 2ª

DELITO POLITICO Y DELITO MILITAR.

(Competencia para su juzgamiento)

— 100 —

La ley de justicia penal militar no puede sustraer, de los jueces ordinarios, el conocimiento de delitos comunes ejecutados por personas que no se hallan revestidas de fuero castrense, porque a ello se opone el principio consagrado en el artículo 170 de la Carta, según el cual el fuero militar sólo es aplicable a los delitos cometidos por militares en servicio. De aceptar la tesis contraria, se llegaría al absurdo jurídico de que el Código Penal Militar absorbe la legislación penal ordinaria o común y destruye los principios fundamentales que informan el Código Penal, en relación con los delitos previstos y sancionados en los Títulos I y II de la Parte Especial de esta última obra.

En materia penal, cuando se trata de establecer si determinado hecho constituye violación de la ley penal militar, y por consiguiente un delito militar, no puede admitirse un criterio de interpretación extensiva, para deducir, por un simple razonamiento analógico, la existencia de un delito, porque ello equivale a aceptar que los juzgadores de derecho, cuya misión es la de interpretar y aplicar la ley, tienen facultad para crear delitos que la misma ley no ha previsto. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 1º de 1945). 504, 1ª

DESPACHOS TELEGRAFICOS

— 101 —

La naturaleza jurídica de un mensaje telegráfico surge al través del proceso de elaboración que ello implica. Su fuerza probante depende de la proveniencia y fidelidad del telegrama primitivo, cuya traducción ha recibido el destinatario, y ello es lo que se per-

sigue con el reconocimiento, con la copia auténtica del original, o con una inspección ocular sobre éste.

La intervención del telegrafista ni siquiera da al mensaje carácter de copia auténtica. Podría admitirse, como lo asevera Giorgi, que la calidad de funcionario público del telegrafista puede atribuír fe pública a la copia del telegrama entregado al destinatario, pero "una fe limitada a probar que en la hora señalada llegó desde la estación remitente una serie de signos telegráficos que, descifrados, compusiesen el telegrama original y que este original es conforme a la copia entregada al destinatario, pero no atestiguar la conformidad del telegrama con el despacho y la sinceridad de la firma puesta por el remitente. Lo que quiere decir que es una fe limitada a garantizar la verdad de los documentos que salen de la estación de llegada, pero no la veracidad de los que proceden de la estación de partida, ni la conformidad entre unos y otros".

El conducto regular para producir la prueba eficiente del telegrama original, no es la retención de un duplicado de él, exhibido luégo en juicio, sino el hallazgo del telegrama extendido y entregado al telegrafista por el remitente, es decir, el despacho originario, que debe reposar en la oficina de expedición o transmisora, y, en su defecto, en la Central del Ministerio.

Todo lo anterior es sólo en gracia de discusión, pues tratándose, no de ocurrir a uno de los contratantes en demanda del resarcimiento por el daño sufrido, sino contra la Nación, como responsable de los actos de sus agentes en el desempeño de un servicio público, la inoperancia es manifiesta frente a disposiciones exonerativas consignadas para el servicio de telégrafos monopolizado por el Estado. La irresponsabilidad de éste, en el monopolio de tele-comunicaciones, es un principio unánimemente aceptado por la Jurisprudencia universal.

Entre nosotros las leyes 23 de 1930, 10ª de 1933, 9ª de 1943, 110 de 1912 (Código Fiscal, Título 2º, Libro final, artículo e) y 198 de 1936 artículo 3º, recogen los anteriores principios sobre irresponsabilidad gubernativa en el ramo de telecomunicaciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, números 2022, 2023 y 2024, junio 26 de 1945). 555, 2ª

DEMANDA DE CASACION

— 102 —

La Corte ha querido que las demandas de casación no firmadas por abogados y presentadas para sustentar recursos interpuestos antes de la vigencia de la actual Constitución, se consideren y estudien, puesto que no sería justo impedir el desarrollo de un derecho que fue concedido con la plenitud de las formas legales. (Casación, LIX, números 2022, 2023 y 2024, agosto 3 de 1945). 484, 1ª

DECRETOS EJECUTIVOS Nos. 465 Y 1535 DE 1906, 373 Y 937 DE 1908, 192, 429 Y 52 DE 1909, 27 Y 1024 DE 1911, 1258 DE 1918, 1640 Y 1725 DE 1919, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES. — CARECE LA CORTE DE COMPETENCIA PARA SU CONOCIMIENTO

— 103 —

Los artículos 214 y 216 (artículos 53 y 41, respectivamente, del Acto Legislativo número 1 de 1945) dividieron la competencia, antes privativa de la Corte, para conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los Decretos del Gobierno, en la forma siguiente: a) A la Corte Suprema las de los Decretos expedidos en virtud de las autori-

zaciones ordinarias y facultades extraordinarias a que se refieren los numerales 11 y 12 del artículo 76, y también de las facultades constitucionales del artículo 121, uno y otro de la Constitución, y b) Al Consejo de Estado las de los demás Decretos, es decir, de los que no sean expedidos en virtud de las facultades que los mencionados artículos 76 y 121 otorgan al Presidente de la República. (Auto, Sala Plena, LIX, números 2025, 2026 y 2027, agosto 14 de 1945).....632 1ª

DECRETOS EJECUTIVOS Nros. 687 DE 1943, 1027 DE 1943 Y 1027-BIS DEL MISMO AÑO, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES. - SE DECLARA INHIBIDA LA CORTE PARA CONOCER DE ESA ACUSACION

— 104 —

El Decreto 687 acusado es apenas aprobatorio de un acto del Consejo Administrativo de la Intendencia del Chocó. El 1027 y el 1027-bis —ambos de 1943— son simples Decretos Ejecutivos, como que se limitan a establecer medidas que el Gobierno Nacional cree convenientes para la administración y manejo de las participaciones que en el erario nacional tienen los municipios y corregimientos intendenciales. Disposiciones de esa índole no son de aquellas a que se refiere limitativamente el artículo 214 de la Constitución como susceptibles de ser acusadas ante la Corte, porque no fueron dictadas en desarrollo de autorizaciones atribuídas al Gobierno dentro de la órbita constitucional para celebrar contratos o negociar empréstitos o enajenar bienes nacionales. Ni al expedirlas el Presidente hizo uso de facultades extraordinarias de las cuales se hallara revestido por exigirlo la necesidad o aconsejarlas la conveniencia pública. Menos aún se trata de decretos expedidos durante un período de turbación del orden público. La acusación de tales Decretos corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (Auto, Sala Plena, LIX, números 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945).....638, 2ª

DEMANDA

— 105 —

La interpretación que hace un Tribunal de una demanda sólo es susceptible de ser atacada en casación por error de hecho, dentro de la causal primera. En el caso del pleito, en vez de haber formulado el ataque adecuadamente el recurrente, se dio a la labor inútil de alegar una hipotética nulidad de procedimiento, sin advertir que el concepto del Tribunal sobre la persona del demandado encarna una cuestión sustantiva, que sólo es dable acusar, por consiguiente, dentro de la idea de violación de la ley sustantiva. Entendiendo el Tribunal que el demandado es N, dueño de una empresa comercial, y en manera alguna determinada persona jurídica, resolvió el punto relacionado con la fijación del sujeto pasivo de la obligación reclamada por el demandante, a través de los términos de una demanda que encontró en el particular oscura. Tal actitud del Tribunal conlleva, de consiguiente, la solución de un problema de puro derecho civil. En manera alguna adjetivo o procedimental, referente a la personería adjetiva del demandado, pues las nulidades basadas en defectos de personería, según el numeral 2º del artículo 488 del Código Judicial, reposan siempre sobre la idea de representación en juicio de la persona señalada como demandado o demandante.

Es muy distinto demandar a una persona en calidad de gerente, director o administrador de una persona jurídica, a demandarla en calidad de dueño de un negocio o de una organización determinada, como alma-

cén, fábrica, empresa de transportes, etc. En el primer caso, la persona comparece al juicio en virtud de la representación que se le atribuye, lo cual supone la necesidad de acreditar la existencia de la persona moral con los medios autorizados en la ley. Mas en el segundo, como lo que se atribuye al demandado no es una representación, sino una actividad en determinado género de negocios, la consideración de aspectos tocantes a la persona moral resulta impertinente. (Casación, LIX, números 2025, 2026 y 2027, octubre 31 de 1945) 764, 1ª

DEMANDA Y SU INTERPRETACION

— 106 —

En uniforme y reiterada jurisprudencia ha sostenido la Corte que los Tribunales son soberanos en la interpretación de la demanda y que esa interpretación, de consiguiente, hay que respetarla mientras no se alegue y demuestre que el sentenciador al hacerla incurrió en error, pero no en un error cualquiera, sino en uno que aparezca de modo manifiesto. (Casación, LIX, números 2025, 2026 y 2027, noviembre 16 de 1945).....781, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 107 —

De acuerdo con los artículos 721 y 723 del Código Judicial queda a la soberana apreciación de los tribunales la valoración de la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a inferencias, cálculos e hipótesis se refiere, en consideración a los múltiples y variados factores de hecho que en cada caso intervienen, muchos de los cuales lejos de ser objetivos, pertenecen al fuero de la conciencia del juzgador, quien a través de la sana crítica les atribuye la importancia que en su concepto merecen. De consiguiente, la Corte en casación no puede contraponer su convicción a la que haya formado el Tribunal a través de la prueba pericial sobre hechos que no son de aquellos sujetos a los sentidos, sino conclusiones dependientes de juicios personales formados con el auxilio de la experiencia y el conocimiento del oficio, arte o profesión del perito, en mérito de los cuales se le ha llamado a colaborar con el juez en el impartimiento de la justicia. De ahí que la Sala haya proclamado siempre la imposibilidad legal de encontrar error evidente de hecho, para los efectos del recurso de casación, en la estimación que el tribunal le haya dado al dictamen pericial en lo referente a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones. Podrá haberse equivocado el juez en tal estimación, pero el error en ese caso no es de aquellos que se ofrezcan con abultados caracteres, dado que en materia de calcular probabilidades nada es evidentemente cierto y absoluto.

Los artículos 721 a 723 de la ley de procedimientos judiciales regulan en términos generales el sentido probatorio del dictamen pericial, según que verse sobre cifras numéricas o sobre cuestiones técnicas, pero en todo caso le dejan al juez margen para pesar las razones que contenga en vía de fundamentación, pues el legislador pretende hacer del experticio, antes que prueba de aplicación mecánica, elemento de información y auxilio para el juez. Tales artículos no imponen al juez pauta para apreciar la prueba en determinado sentido, porque ello sería constreñirlo a formar siempre y sistemáticamente determinada convicción, con menosprecio de la que espontáneamente pueda él concebir teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias peculiares de cada medio probatorio. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 11 de 1945).....837, 1ª

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

— 108 —

El cuerpo del delito de robo —según los artículos 273 del estatuto procesal y 402 del penal— no se concreta al objeto material, que apenas es uno de sus elementos integrantes, pues que también lo son el objeto jurídico y la acción psíquica y física, aunque es lógico que si falta uno de ellos, o no existe el robo, o adquiere otra figura delictuosa, como en forma tácita lo sugiere el recurrente, y en forma expresa y categórica el Procurador.

Tanto en el antiguo estatuto procesal penal, como en el vigente, existen normas claras y precisas que rigen la prueba de la propiedad, preexistencia y consiguiente falta del objeto materia del delito, y rigen también el criterio de apreciación de aquella prueba.

El artículo 312 del actual Código —que reproduce el artículo 6º de la Ley 54 de 1913— prescribe que en la investigación de los delitos de hurto o robo, no es preciso probar la propiedad, preexistencia y falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de tales delitos y, además, confiere al Juez la facultad de apreciar, según su prudente juicio, tales circunstancias. Y el artículo 313 —que reproduce y amplía el artículo 1529 del antiguo Código— autoriza al Juez para recibir la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, en cuanto a la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas, y cuya credibilidad debe apreciarse en la forma prescrita por el artículo 224, esto es, en consideración a las normas de la crítica del testimonio, a las condiciones personales y sociales del testigo, a las del objeto a que se refiere el testimonio, a las circunstancias en que haya sido percibido y a aquellas en que sea rendido.

Estas normas — se deduce — constituyen una muy definida excepción a la presunción legal de parcialidad que los artículos 669 y 670 del estatuto procesal civil, aquí aplicable por mandato del artículo 7º del procesal penal, dan a la categoría de testigos en ellas mencionados; normas que el Procurador Delegado, en su vista en este negocio, calificó de admirables, por cuanto se estableció un sistema probatorio de libre persuasión en defensa del patrimonio y del interés social. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, octubre 24 de 1945) 1004, 2ª

DELITO CONTINUADO

— 109 —

A lo dicho ya por los expositores sobre delito continuado y en especial sobre si la continuación del delito es aplicable cuando existen varios sujetos pasivos o si la continuación sólo se opera cuando hay unidad o identidad de sujeto pasivo, agrega la Corte que la doctrina del delito continuado no tiene cabida cuando la norma penal viola o protege intereses individuales de diversas personas como sujetos pasivos del delito, porque en estos casos la unidad de designio, resolución criminal y la intención del sujeto activo del delito se agotan en su plenitud en cada persona, con independencia de cualquiera otra acción que pueda anteceder o seguir en la comisión del delito. Es decir, se interrumpe la continuidad en referencia a la acción criminal que se ejecute con otra persona, dando cabida a un verdadero concurso material de delitos previsto en la disposición del artículo 33 del Código Penal. La continuidad de la intención criminal no puede presumirse cuando la acción vulnera derechos pertenecientes a la integridad personal del sujeto

pasivo, porque el bien jurídico que protege la norma está individualizado con independencia del bien colectivo perteneciente a la sociedad. No puede existir continuidad de resolución en la ejecución de hechos que lesionan a diversas personas, porque esta intención finaliza o termina con la ejecución del acto externo cumplido en la persona lesionada. El delito en este caso es perfecto en sus elementos esenciales y la intención dolosa se agota como consecuencia del resultado obtenido. La unidad de designio y resolución llevada a efecto mediante la realización de un acto externo en contra de un bien o derecho individual perteneciente no a un grupo sino a persona determinada, no puede persistir cuando en diversos momentos separados por espacio de tiempo más o menos considerable, se ataca o lesiona, no el mismo derecho, sino un derecho perteneciente a distinta persona, que individualizado, la ley lo protege como bien particular.

La habitualidad no es lo que caracteriza el delito continuado, sino las condiciones determinadas por el artículo 32 del Código Penal. Por esto afirma Ferri, en su Tratado de Derecho Penal, que la figura del delito continuado no puede admitirse en beneficio del delincuente habitual o profesional. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, diciembre 12 de 1945) 1041, 2ª

DESISTIMIENTO

— 110 —

La sola lectura del artículo 461 del C. J. hace ver con cuánto derecho puede el mandante, a su arbitrio, desistir de una acción en la cual es parte, sin que deba mediar la aquiescencia del mandatario. Por el contrario, a éste no le sería permitido proponer un desistimiento sin antes estar expresamente facultado para ello por quien le confirió el poder. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, agosto 31 de 1945) 1116, 1ª

EJECUCION CONTRA LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

— 111 —

En principio, ni el Estado ni las demás personas administrativas que lo estructuran pueden ser sujetos pasivos de ejecución forzosa por razón de las obligaciones a su cargo, ya se trate de deudas contraídas por la vía del derecho público, o por las comunes o de derecho privado. Explican los autores esta posición privilegiada de aquellas personas por su misma calidad y por la índole de las funciones que les competen en la organización de la sociedad moderna. El Estado —lo mismo que las secciones en que éste se descompone— realizan una serie de actos de gobierno, de tutela de la sociedad civil y de gestión de los servicios públicos, en todos los cuales va envuelto un interés de carácter general distinto y superior al del simple interés de los particulares que componen la colectividad política. De ahí que en todas las zonas de las manifestaciones del orden jurídico existan regulaciones especiales, bien distintas por cierto de las que gobiernan la conducta social de los particulares entre sí, aun bajo el concepto de un estricto régimen de Estado de derecho. La Administración —en el más amplio sentido de la palabra— como organización superior de los servicios públicos, está sometida a un régimen jurídico conforme con la naturaleza de sus actividades.

Estas elementales nociones del Derecho Administrativo contemporáneo tienen su más simple expresión y su más frecuente campo de aplicación en las regulaciones atañederas al manejo del patrimonio público, en

cuanto éste goza de ciertas formas privilegiadas de actuación, que tutela ampliamente sus fines sociales. Paralelamente a la imprescriptibilidad y a la inalienabilidad de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades públicas se desarrollan los principios y las normas positivas de acuerdo con las cuales igualmente gozan las mismas propiedades del beneficio de la no embargabilidad. Consecuencia de lo anterior es que la vía de la ejecución forzada —medio idóneo para hacer cumplir a los particulares el contenido de las obligaciones que contraen en sus relaciones recíprocas— no puede ser el instrumento apropiado para que la administración cumpla oportunamente por su parte las que contrae en el ejercicio de sus actividades jurídicas. Es unánime la doctrina que excluye de la ejecución forzada al Estado y a las demás personas de derecho público; y en muchas legislaciones positivas —en la de Francia, por ejemplo— está expresamente reconocido este beneficio. En Colombia existe sobre el particular —como es sabido— una doctrina mixta que establece que el Estado no puede ser ejecutado, y que al mismo tiempo permite implícitamente el procedimiento ejecutivo contra los Departamentos y Municipios, pero que de modo expreso prohibe el embargo de ciertas clases de bienes de propiedad de estas entidades (casas consistoriales, edificios destinados a la instrucción pública, cárceles y demás oficinas y las dos terceras partes de las rentas respectivas). Pero de la existencia de estas disposiciones positivas no puede deducirse que en realidad las reglas del derecho privado sean exactamente aplicables a las entidades departamentales y municipales, sino que por el contrario, es preciso investigar hasta dónde puede extenderse su campo de aplicación y medir los efectos de los procedimientos y los métodos del cobro compulsivo.

La primera cuestión que debe decidirse es la de la idoneidad del documento por medio del cual se exige ejecutivamente la obligación que se cobra a un Departamento, un Municipio u otra persona distinta del Estado; y la segunda, el contenido material y la naturaleza de la obligación que se reclama. La ley colombiana (artículo 982 del C. J.), señala los límites del procedimiento ejecutivo, respecto a estas cuestiones fundamentales. En tesis general puede decirse que la vía de la ejecución forzosa sólo tiene cabida cuando la obligación que se reclama está contenida en un acto jurídico o emana de una decisión jurisdiccional. Si lo primero, es necesario que el documento en que el acto jurídico se expresa formalmente provenga del deudor o de su causante, y la ley le haya otorgado por sí solo el carácter de plena prueba contra él. En tratándose de la ejecución con base en una decisión jurisdiccional, son comunes a las personas públicas —excepto el Estado— y a las personas de derecho privado, las reglas del Título XV, Capítulo I del Código mencionado. Mas si se está frente a una ejecución forzada con causa en un acto jurídico, entonces se contempla el problema de determinar hasta dónde son identificables los que surgen de un acuerdo de voluntades sancionado por el derecho común o de la voluntad unilateral de la administración. En ambos casos la ley ha exigido que del documento o de la decisión judicial aparezca a cargo del demandado "una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género o de pagar una cantidad líquida de dinero".

La ley y las aplicaciones jurisprudenciales enseñan cuáles son las pruebas documentarias que por sí solas constituyen la base de la ejecución forzada, cuando el negocio jurídico se refiere a relaciones entre particulares, o también cuando las entidades de derecho público escogen la vía común para sus

actuaciones o se obligan conforme a las regulaciones del derecho común. Pero no hay texto legal ninguno que expresamente determine el valor probatorio de los documentos emanados de la voluntad unilateral de la administración, ni el grado de su idoneidad para exigir ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones que puedan contener. De acuerdo con los principios de derecho público las autoridades, funcionarios y corporaciones del orden administrativo, expresan regularmente su voluntad por medio de actos jurídicos, denominados actos administrativos o actos-condiciones. No otra cosa son las ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los Acuerdos de los Concejos Municipales, las Resoluciones de los funcionarios administrativos en una palabra. Es de la esencia de estos actos jurídicos su modificabilidad o reforma por quien los profiere o por el superior en la jerarquía administrativa, así como su nulidad por parte de los organismos jurisdiccionales competentes. Y estas circunstancias, así como la de poder ser derogables en cualquier tiempo, la de tener que ajustarse a las normas superiores y la de que la competencia para dictarlos debe estar expresamente atribuída a su autor, son indudablemnte características especiales de esta clase de actos jurídicos que no se encuentran en la zona de los que en la actividad privada sirven de vehículo constitutivo de las obligaciones que contraen los particulares. Así, ni tales actos jurídicos, ni los documentos en que éstos se exteriorizan formalmente tienen el destino de constituír pruebas, sino el fin único de provocar la actuación de la administración.

Tanto la Ordenanza que reconoce un crédito o la Resolución de un Gobernador que ordena pagarlo son actos unilaterales, cuyo objeto es proveer —aquella por vía general y esta última con carácter particular— al reconocimiento de las obligaciones inherentes a una prestación periódica que el Departamento tomaba a su cargo. Por sí mismos estos actos administrativos no contienen una obligación de naturaleza expresa, clara y actualmente exigible de hacer, de entregar o pagar una suma líquida de dinero. Son apenas creadores de una situación individual o particular, susceptible en todo momento de ser modificada o revocada y no más. Y de otro lado constituyen la base jurídicamente apta para una operación administrativa posterior que se concreta en el deber jurídico de incluír en el presupuesto de cada año las partidas necesarias para atender a las prestaciones acordadas, mientras las ordenanzas respectivas estuvieran en vigencia y mientras el beneficiario conservara su actitud para percibirlas.

Las Ordenanzas sobre presupuesto en las cuales se inscriben las cantidades asignadas para cubrir tales prestaciones tampoco son constitutivas de una obligación exigible por la vía de ejecución forzada. El presupuesto de rentas y gastos, ya se trate de la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal, es un simple acto-condición, o sea, un acto jurídico que tiene por objeto contabilizar el patrimonio activo y pasivo del Estado o de las entidades departamentales o municipales, al mismo tiempo que habilitar a los funcionarios correspondientes para el ejercicio del poder legal de recaudar los ingresos y de cubrir los gastos de la administración. En otros términos, es la condición indispensable para que puedan percibirse las rentas u ordenarse y realizarse efectivamente los egresos públicos. Ni aisladamente, pues, la inscripción de la partida en el presupuesto, ni del conjunto de este acto con los que crean o establecen la prestación a cargo del patrimonio público del Departamento puede determinarse una obligación incondicional que abra la vía ejecutiva al titular del derecho reconocido. No basta que el gasto decretado esté inscrito en la ordenanza del presupuesto, sino que a esto debe

subseguir el giro contra el tesoro por parte del funcionario que tiene competencia para ello. Sólo cuando se expida el título, con la plenitud de las formas expresadas, puede tenerse a la administración como obligada pecuniariamente, y al titular del crédito en capacidad legal de hacerse cubrir su valor por la vía ejecutiva. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 16 de 1945. .....269, 2ª

EMBRIAGUEZ EN LA EJECUCION DEL HECHO DELICTUOSO

— 112 —

La embriaguez, dentro de nuestro sistema penal, no es motivo que permita excusar la responsabilidad ni justificar el hecho; ella sólo sirve para considerarla como circunstancia de menor peligrosidad, cuando es voluntaria y cuando el agente no ha podido prever las consecuencias delictuosas. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 15 de 1945). 248, 2ª

ERROR DE DERECHO

— 113 —

Se incurre en error de derecho en la apreciación de determinada prueba cuando se le da a ésta un valor que no tiene conforme a la ley, o un valor distinto del que la misma ley le asigna. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, septiembre 6 de 1945). 877, 2ª

ERROR DE DERECHO Y ERROR DE HECHO

— 114 —

Muchas veces ha repetido la Corte que el error de derecho en materia de apreciación probatoria estriba en que los artículos legales invocados impongan determinada fuerza probatoria a los elementos desestimados en la sentencia, o en que priven de eficacia a los que sirvieron de fundamento esencial al fallo.

Y también ha repetido que el error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido un hecho, cuando no es así, o al contrario, de que no ha ocurrido, siendo así que está plenamente acreditado en el proceso. En suma, el error de derecho, en la apreciación de una prueba, implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba. El error de hecho sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 22 de 1945). 165, 1ª

ERROR DE HECHO

— 115 —

El error de hecho tiene que aparecer en los autos de un modo manifiesto para poder deducir motivo de casación, en cuanto por él se haya incurrido en quebranto de ley sustantiva. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 8 de 1945) 149, 2ª

ERROR DE HECHO

— 116 —

El error de hecho para que produzca en casación la infirmación del fallo, requiere que sea evidente, manifiesto u ostensible. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 10 de 1945). 706, 1ª

ERROR RELATIVO AL NOMBRE Y APELLIDO DE LA PERSONA RESPONSABLE DEL DELITO

— 117 —

Como ya lo ha dicho la Corte, no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable lo que causa la nulidad del proceso si por otra parte el agente del hecho ilícito está identificado físicamente con precisión, porque el legislador no pudo establecer ese

motivo con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de las causas criminales. Precisamente los delincuentes habituales suelen ser los que llegan a usar varios nombres y apellidos y mal podría la ley amparar esa treta brindándole la manera de hacer anular sus procesos con la esperanza de conseguir su impunidad. Lo esencial en esta causal es que no se pueda obtener la identidad física del inculpado, supuesto que el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales. Lo que es absolutamente necesario es que se conozca al delincuente con toda certidumbre para evitar que caiga en manos de la justicia un inocente, pero esa identificación puede establecerse por otros medios de prueba. De ahí lo dispuesto por el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, diciembre 6 de 1945).

1027, 1ª

EVICCION DE LA COSA VENDIDA. — QUE DERECHOS TIENE EL COMPRADOR EVICTO. — MEJORAS PUESTAS POR EL EN LA COSA EVICTA

— 118 —

Es una idea profesada de muy antiguo la de que el vendedor de la cosa que luego es evicta debe responder de ello al comprador porque se reputa que en tal caso el vendedor no ha cumplido a cabalidad sus obligaciones relativas a la tradición de la cosa vendida; y la responsabilidad por esa culpa contractual se gobierna por las reglas generales de las convenciones, no por los preceptos contenidos en el Título XXXIV, Libro 4º del Código Civil. El incumplimiento del contrato no genera por sí solo perjuicios morales, como en reiterada jurisprudencia lo ha explicado la Corte.

Las prestaciones a que el vendedor está obligado respecto del comprador en caso de evicción aparecen detalladas en el artículo 1904 del Código Civil, que no habla de perjuicios, quizá por considerarlos representados en dichas prestaciones y en el "aumento de valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador, aun por causas naturales o por el mero transcurso del tiempo", cuyo pago impone al vendedor el numeral 6º de dicha disposición legal.

La ley no impone al comprador la obligación de hacer expresa y formal denuncia de las mejoras al vendedor al tiempo de denunciarle el pleito del cual puede resultar evicción. El comprador amenazado de ser evicto por causa de una acción reivindicatoria, puede asumir procesalmente una de estas actitudes:

a) Afrontar la defensa del pleito sin citar al vendedor, caso en el cual cesa la obligación de saneamiento por parte de éste;

b) Denunciar el pleito al vendedor, evento en el cual la demanda se seguirá contra el solo vendedor, aun cuando "el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos". Estas dos situaciones están previstas y reguladas por los artículos 1899 y 1901 del Código Civil. De acuerdo con estas disposiciones legales, cuando el comprador omite denunciarle el pleito a su vendedor lo asume o hace suyo sin que de las resultas pueda luego culpar a su causante; pero si le denuncia el pleito, éste queda totalmente a cargo del vendedor, quien debe afrontarlo como verdadero demandado. Aun cuando el comprador tiene derecho a intervenir "para la conservación de sus derechos", no está obligado a hacerlo; y si el comprador no interviene en manera alguna (como en el caso de autos ocurrió), al vendedor demandado incumbe proponer y sostener todos los medios de defensa, así como exigir las prestaciones a su favor para el caso de que la

acción prospere. De acuerdo con el artículo 1906 quien debe responderle a la compradora evicta, en el caso de autos, del pago de las mejoras es su vendedor, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el que triunfó en la acción reivindicatoria. Puede ser aconsejable que al tiempo de denunciarle el pleito a su vendedor el comprador demandado en reivindicación le dé noticia de las mejoras hechas por él en la cosa. Pero de que ese procedimiento sea conveniente no se sigue que la omisión de tales informes pueda tener alcance de acarrearle al comprador demandado la extinción de su derecho a obtener el saneamiento, uno de cuyos puntos o aspectos es el pago de las mejoras. Ahora: como el aprovechado con las mejoras es el reivindicador triunfante, es él quien debe, en definitiva, pagarlas; pero al vendedor incumbe obtener de dicho reivindicante la prestación correspondiente, y si al defender el pleito no atiende a este aspecto del litigio, queda sometido a la norma del artículo 1906 del Código Civil que le impone el deber de cubrir al comprador evicto el valor de las mejoras en caso de que el que obtuvo la evicción no haya sido condenado a abonarlas. En una palabra: el vendedor de la cosa está obligado a pagar al comprador evicto las mejoras necesarias y las útiles hechas por éste.

Denunciado el pleito incumbe al vendedor atender la defensa de él hasta el registro inclusive de la sentencia favorable a su parte. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 30 de 1945). 813, 1ª

EXCEPCIONES

— 119 —

Las llamadas excepciones de "carencia de derecho en la acción", e "inexistencia de las obligaciones que se demandan" no pueden reputarse como hechos excepticos, ya que éstos son todos aquellos por cuya virtud las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió y, por otro lado, el fin de todo juicio se encamina precisamente a esclarecer si al demandante le asiste el derecho que invoca o si tienen o no existencia las obligaciones que se demandan; aparte de que si como tales excepciones fue dable considerarlas, debe en ese caso estimarse que el sentenciador falló sobre ellas implícitamente cuando ha decretado favorablemente las peticiones demandadas por el actor. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 11 de 1945). 344, 1ª

EXCEPCIONES

— 120 —

No está en lo cierto el recurrente cuando afirma que los únicos hechos que tienen la virtud de constituír excepciones perentorias son los quince señalados en el artículo 1625 del Código Civil, pues ellas no sólo se dan cuando se producen hechos legalmente capaces de extinguir la obligación, sino también de desconocerla si alguna vez existió. Entre los primeros están comprendidos todos los previstos en el artículo 1625 citado, aunque fuera de ellos se cuentan otros que dan el mismo resultado de extinguir la obligación como son, por ejemplo, la llegada del término, la imposibilidad absoluta de ejecución y la muerte del deudor en los contratos celebrados **intuitu personae,** como el mandato, el comodato y el depósito. Entre los segundos pueden citarse la simulación, la falsedad, la cosa juzgada, la **exceptio non adimpleti contractus** y, en fin, "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación" (artículo 329 del C. J.). En ese segundo grupo se encuentra comprendida precisamente la ilegitimidad de personería sustantiva en demandante y demandado. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 13 de 1945). 843, 2ª

EXCEPCIONES

— 121 —

La excepción, en el derecho ritual, constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado. La excepción es un medio de defensa, mas no engloba toda la defensa, la cual, en su sentido estricto, estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del primero y, por lo mismo, la acción. La excepción es pues, siempre autónoma de la acción. Con ese alcance la define el art. 329 del Código Judicial, que define la excepción perentoria. Esta, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 31 de 1945). 406, 1ª

— 122 —

EXCEPCIONES

La Corte, en numerosos fallos, ha sostenido la tesis de que el numeral 2º del artículo 353 del C. J. debe entenderse en un sentido meramente formal; para que esta excepción prospere como dilatoria es necesario que ataque la personería adjetiva, como cuando una persona es demandada a nombre de otra de quien no es su legítima representante. Mas cuando se trata de saber si una persona es o no la obligada a responder por determinados hechos, es cuestión de fondo que debe resolverse en el fallo mismo y que, por lo tanto, no cabe presentar como una excepción dilatoria. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, junio 20 de 1945). 546, 1ª

EXCEPCIONES EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

— 123 —

Como ya lo ha dicho la Corte, las excepciones que se proponen en un juicio seguido por jurisdicción coactiva se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea, de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, ha de concluírse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 27 de 1945). 1113, 2ª

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 28 DE LA LEY 153 DE 1887

— 124 —

Aunque es exacto en principio que la ley no dispone sino para lo futuro, el legislador colombiano de 1887 (artículo 49, Ley 153), aceptando la conveniencia de expedir leyes retroactivas por imposición del bien general, consideró que no se justificaba la regla absoluta de la irretroactividad de la ley, y por este motivo derogó el artículo 13 del C. C. que lo establecía en forma terminante, quedando desde entonces sujeta la aplicación de la norma jurídica de la irretroactividad legal, no al imperio de una disposición prohibitiva, sino a la doctrina constitucional del respeto, obligatorio para el legislador, del derecho adquirido con arreglo a las leyes civiles. Esta doctrina constitucional, que a su vez es norma de

interpretación de la ley, tiene su desarrollo normativo en el articulado de la Ley 153 de 1887, dictada por la misma asamblea que redactó el estatuto fundamental, y que en relación con aspectos diversos y múltiples de la legislación nacional da reglas para los casos en que al aplicar las leyes se advierta incongruencia entre ellas, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trátese de establecer el tránsito de derecho antiguo a derecho nuevo, con la intención doctrinaria de quitar rigidez al principio antiguo de la irretroactividad y señalando el límite que separa el dominio de la ley antigua del de la nueva no con una línea recta e inflexible sino con una que en partes se desvía conformándose a las nuevas situaciones. La 153 de 1877 es en gran parte ley sobre el efecto retroactivo de las leyes en derecho privado y su fin no es otro que decidir las situaciones conflictivas que resulten de la aplicación de las leyes dictadas en diversas épocas, con vista a la teoría del derecho adquirido que consagra la Carta. Este estatuto contiene un haz de soluciones para los problemas que planteen las innovaciones legislativas sobre el estado civil de las personas, la capacidad, los contratos, el derecho de sucesión, etc. Respecto de los derechos reales consigna una norma general en el artículo 28, y reglas de aplicación especial en los artículos 31, 32 y 33 en relación con el usufructo, uso, habitación y servidumbres. De estos derechos reales (de dominio, de herencia, de usufructo, de uso y habitación, de prenda y de hipoteca), el primero que es el más caracterizado de los derechos reales tiene un régimen especial en la Constitución que autoriza la facultad de expedir leyes con efecto retroactivo por motivos de utilidad pública o de interés social, aun sin indemnización en casos especiales en que por razones de equidad lo determine el legislador, y en lo referente a los demás opera la doctrina general constitucional del derecho adquirido. Puede darse, y debe darse, al precepto legal acusado un entendimiento que armoniza con la norma de la Carta de que los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidos ni vulnerados por las leyes posteriores, esto es, no puede el legislador "darse por desentendido" de su existencia, ni herirlos o perjudicarlos con relación a las leyes civiles que configuraron su nacimiento.

Cuando dice el artículo 28 que "un derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra", contempla la ocurrencia de que la nueva ley exija distintos y nuevos requisitos para la constitución del derecho real, y entonces, tratándose de la realidad del derecho anteriormente constituído, la ley nueva no tiene aplicación. Pero como jurídicamente no puede entenderse esto en el sentido de que esos derechos reales sean perpetuos, ya que con excepción del dominio a los demás corresponde por esencia la calidad de temporales, el legislador puede innovar las causas y casos de terminación o pérdida, y es en frente de esta posibilidad como ha dicho que "en lo tocante a su extinción" prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, norma ésta de orientación judicial para la aplicación de la nueva ordenación que da oportunidad para considerar la cuestión del derecho adquirido, pero que en manera alguna puede significar que ineludiblemente debe tener efecto retroactivo la ley nueva, en el sentido científico de regir el pasado para suprimir efectos realizados de un derecho, porque es evidente que las nuevas disposiciones legales sobre extinción de un derecho real, desde el punto de vista de su titular, pueden favorecerlo si, por ejemplo, eliminan causales de extinción o la dificultan, o perjudicarlo, si multiplican esas causales o facilitan la extinción del derecho. (Sentencia, Sala Plena, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, junio 18 de 1945). 81, 1ª

EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 7º DE LA LEY 71 DE 1916, 1º DE LA LEY 49 DE 1931, 8º DE LA 62 DE 1939, 1º, 2º Y 3º DE LA 45 DE 1931, 90, 100 Y 101 DE LA 167 DE 1941

— 125 —

La técnica aconsejable en esta clase de acciones exige que se acusen separadamente los textos que se reputan inconstitucionales. Además, deben cumplirse los requisitos establecidos en la Ley 96 de 1936 designando los preceptos de la Carta que se consideran infringidos por las disposiciones acusadas, sin mezclar aquellos sin orden ni concierto, circunstancia que le impide a la Corte precisar en cada caso cuál es la violación que se invoca. Finalmente, deben expresarse las razones de la inconstitucionalidad, como la ley lo ordena, a fin de que le sea posible al fallador examinar los motivos en que la acción se funda y determinar, sobre bases ciertas, el ejercicio de la tutela jurídica que la misma Constitución le ha confiado.

Como lo dijo el señor Procurador no es posible declarar inconstitucional un precepto legal que fija las bases y condiciones para la creación de Municipios y que establece requisitos para esos mismos fines y para agregar o segregar términos municipales y determinar los límites entre los Distritos, puesto que la misma Constitución autoriza al legislador para precisar esas formalidades o requisitos. Estando modificados o sustituídos por nuevos ordenamientos los preceptos constitucionales que sirven de apoyo a la acusación de inexequibilidad, es obvio que la Corte deberá decidir la demanda de acuerdo con el contenido de los últimos; y de conformidad con éstos —se repite— no hay motivos que induzcan a aceptar las pretensiones del demandante. Otro tanto ocurre con las disposiciones de la ley 167 de 1941. Los textos constitucionales que entraron en vigencia desde el día 16 de febrero dejan al legislador ordinario la atribución de competencia a los Tribunales Administrativos y al Consejo de Estado para que estos organismos puedan cumplir su función jurisdiccional respecto a los actos de la administración. De donde resulta que ninguna de las disposiciones demandadas —del Código de lo Contencioso Administrativo— aparece en oposición con la norma constitucional que le sirve de fuente jurídica. (Sentencia, Sala Plena, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 11 de 1945). ..... 636, 1ª y 2ª

EXPROPIACIONES

— 126 —

Las disposiciones de la ley 38 de 1918 atribuyeron al Consejo de Estado la competencia para conocer de las causas sobre expropiaciones y daños de la propiedad de los particulares, causados por órdenes o providencias de las autoridades administrativas nacionales en los casos previstos en esa ley; y el actual Código prescribe igual regla de competencia, siempre que por causa de trabajos públicos de la administración se ocupe o dañe la propiedad particular. Tratándose de cobrar una indemnización del Estado por haberse ocupado con motivo de la realización de trabajos públicos de carácter nacional un inmueble del cual una persona privada se dice dueño, la competencia corresponde al Consejo de Estado. Otra cosa sería si el predio ocupado hubiera sido objeto de un juicio de expropiación, porque entonces la acción para el pago caería bajo la competencia de los jueces comunes. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 5 de 1945). 1140, 2ª

EXTRADICION DE CIUDADANOS DE PAISES DISTINTOS AL QUE LA PIDE Y CONCEDE

— 127 —

La nacionalidad del procesado cuya extradición se pide no es factor que la impida, ya que lo contrario equivaldría a consagrar la impunidad de los extranjeros que delinquen en países distintos a aquel de que son ciudadanos, y a privar de todo valor los principios universales de la territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal

Conforme a las normas del Acuerdo Bolivariano de 1911, aún vigente, basta que se haya dictado auto de detención para que se pueda conceder la extradición, lo que constituye una excepción al régimen del estatuto procesal penal colombiano, que requiere auto de proceder. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 9 de 1945). 209, 2ª

— F —

FACULTADES DE LOS JUECES SUPERIORES EN LA INSTRUCCION DE LOS SUMARIOS

— 128 —

La calidad de jefes de instrucción de los procesos que se adelanten dentro de su jurisdicción que la ley (artículo 64, C. P. P.) otorga a los Jueces de Circuito, no se opone a la que la misma norma confiere a los Jueces Superiores para aprehender directamente la instrucción del sumario o designar el funcionario competente que deba encargarse de la investigación.

El uso de esta facultad no configura ni puede configurar el abuso de autoridad definido y sancionado por el artículo 171 del Código Penal, ni menos el de usurpación de funciones del art. 182 del mismo estatuto. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 9 de 1945). 212, 2ª

FALSEDAD

— 129 —

La falsedad en escritos o documentos (artículos 231 y ss. del C. P.), que entraña siempre una mutación de la verdad, puede ser material o intelectual. La primera consiste en la alteración o suposición de un escrito adicionando, o sustituyendo, o suprimiendo su contenido, como ocurre en los casos de los numerales 1º y 5º a 9º del artículo 231 del Código Penal; la segunda en insertar palabras o cláusulas inexactas, esto es, que no estén de acuerdo con la realidad, como en los casos de los numerales 2º a 4º del mismo artículo. Mas, para que la falsedad en escritos constituya delito, es menester que se refiera a hechos que el escrito debe probar, que sea capaz de causar perjuicios y que se haga con intención criminosa. En muchos casos basta la comprobación de la falsedad para que la intención de causar daño se presuma, como acontece en la **falsedad material** en los documentos públicos o en los asimilados a tales para efectos de la sanción (artículo 233), por ejemplo, si se acredita la sustitución de la cláusula de un testamento o la suplantación de una firma en una letra de cambio, cheque o pagaré. Es que entonces hay que respetar por sobre todo la fe pública debida al documento y la prueba de la falsedad se hace patente con el hecho material que la constituye.

No ocurre lo mismo en los casos de **falsedad intelectual,** en los cuales es menester demostrar —aun en tratándose de documentos públicos—, la intención dolosa de su autor, como cuando un notario asienta una cláusula errada en una escritura o un funcionario hace una afirmación inexacta en un documento auténtico, pero en esos eventos, aunque la fe pública debida a esos escritos debe hacerse respetar lo mismo, la prueba de la falsedad no es tan evidente, desde luego que no consta como en los de la falsedad material. Y por

lo fácil que es incurrir en error por diversas circunstancias. Y como la mala fe no se presume, hay que acreditar que ha existido intención dañosa al estampar en un escrito palabras o frases que no sean las que han debido constar. (Auto, Sala de Casación Penal, LIX, Nos 2022, 2023 y 2024, septiembre 6 de 1945). 528, 1ª

FIANZA. — EXCUSION. — PRESCRIPCION. — SUBROGACION DE DERECHOS.

— 130 —

Sobre la alegación del recurrente de que el fiador de una obligación no puede ser perseguido en juicio por el acreedor sin la comparecencia simultánea del deudor principal, debe observarse que semejante teoría está fuera de la realidad legal. Deudor accesorio es quien presta su garantía personal en guarda de la obligación contraída por el deudor principal, pero que no participa de los derechos ni de las demás relaciones que surgen directamente del contrato, y que tan sólo responde del cumplimiento, esto es, de las obligaciones contraídas por aquel. Ningún provecho o ventaja reporta del contrato. Este es el fiador. Tal diferencia que proviene de la naturaleza de las cosas se halla establecida en disposiciones positivas como el artículo 1499 del Código Civil. La solidaridad que no es un elemento de la esencia ni de la naturaleza de los contratos, sino apenas una modalidad de las obligaciones, en nada los afecta en lo que respecta a su sustancia ni elimina la diferencia que se deja apuntada Un fiador solidario puede ser perseguido por el total de la cosa debida, pues a ese fin responde la solidaridad; pero no por ello se torna jamás en sujeto activo del contrato mismo, porque ningún derecho adquiere el acreedor, ni lo ligan a él otras relaciones de derecho que no sea la de responder por la cosa debida; él es únicamente respecto del acreedor un sujeto pasivo de las obligaciones pendientes de su fiado. De ahí que sea cierto que el fiador que se obliga solidariamente con el dedor, no por ello se convierte en codeudor. Sigue siendo fiador, pues la solidaridad tiene como único efecto privarlo de un beneficio inherente a la fianza: la excusión. El medio más eficaz de renunciar el fiador a este beneficio es comprometerse solidariamente con el deudor. ¿Y qué es el beneficio de excusión sino el derecho del fiador reconvenido a exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal? El fiador que se solidariza con el deudor pierde el beneficio de excusión, y por lo tanto el derecho de pedir que se persiga judicialmente primero al deudor. Y nótese que ese beneficio debe ser invocado expresamente por el fiador que no lo ha renunciado. Porque si no lo invoca cuando es requerido judicialmente, el juez tampoco puede decretárselo de oficio. De consiguiente, el simple fiador que no se ha obligado solidariamente puede ser demandado antes que el deudor principal. Ello no por ser codeudor sino por ser fiador. Y en tal caso la demanda es viable, y contra ella apenas tiene el beneficio de excusión, que debe ser invocado oportunamente por el fiador demandado, quien, además desde que lo invoca, está comprometido con el acreedor a señalar los bienes del deudor con los cuales puede satisfacer el crédito. Sin cumplir ese requisito tampoco prospera la excusión (Artículos 2383, 2385 y 2386, C. C.).

La fianza mercantil, que es una modalidad de la fianza civil, no da derecho al fiador a oponer al acreedor el beneficio de excusión, salvo estipulación en contrario. Y a lo único que tiene derecho el fiador "ejecutado antes que el deudor principal", según el artículo 957 del código respectivo, es a denunciar para el pago de bienes de éste los embargables conforme a la ley. La mencionada disposición supone, pues, el principio inherente a la

fianza civil de que el acreedor tiene el derecho de demandar del fiador el cumplimiento de la obligación principal, sin la audiencia ni la concurrencia al juicio del deudor principal. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 17 de 1945). 724, 1ª

FIANZA DE MANEJO

— 131 —

Declara la Corte que en su sentir, un contrato de fianza para responder del manejo de un funcionario público, en su calidad de contrato accesorio a la obligación principal del funcionario obligado, no es un acto de gestión de la autoridad pública sino que sigue a éste respecto la naturaleza jurídica del acto principal al cual accede. En este sentido tiene sentada la Sala jurisprudencia. En el caso de autos si la justicia contencioso-administrativa es competente para conocer del juicio de ejecución contra el deudor principal, parece no pueda admitirse, sin dividir con ello la continencia de la causa, que sea competente exclusivamente la justicia ordinaria para conocer de la misma acción contra el fiador solidario (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, julio 4 de 1945).

FIDEICOMISO

— 132 —

El artículo 805 del C. C. prohibe establecer dos o más fideicomisos sucesivos. Si se mirara exclusivamente a esta prohibición, habría de deducirse la nulidad de un acto que la desoyese; pero agrega en su inciso 2º: "Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros". Así, pues, no es la nulidad la consecuencia de tal infracción, sino la muy distinta que la misma disposición legal establece. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027 bis, septiembre 15 de 1945). 926, 1ª

FIJACION DE LA CUANTIA DEL PLEITO

— 133 —

La fijación de la cuantía exigida en el artículo 205 del C. J para el libelo inicial mira a la determinación de la competencia del Juez y a la división al respecto de las cuantías en **mayor y menor**; de suerte que la exigencia que se haga por la ley donde y cuando aquella disposición la hace, es una circunstancia que demuestra que, concretada la fijación a ese fin, no puede reputarse vedada la indagación del valor efectivo de lo disputado cuando se trata, no ya simplemente de establecer la competencia de cierto juez en razón de tratarse de asunto de mayor cuantía o de menor cuantía, sino de saber si procede o no el recurso de casación porque a la hora de éste el valor efectivo de aquello alcance o no a la cifra señalada por el artículo 519 de ese Código. Esa fijación inicial la hace el actor como a bien tenga y por su solo dicho verificable o controlable únicamente cuando el demandado reclama, de lo que es dueño de hacer o no, no suministra siempre la base firme necesaria para conceder o negar este recurso, por lo cual el artículo 524 de la misma obra autoriza un avalúo pericial que disipe la duda cuando hay verdadero motivo para ésta.

Mientras rigió la ley 105 de 1890, dada la redacción de su artículo 4º, hubo de entenderse que la determinación inicial de la cuantía producía sus efectos para todo lo que en la actuación hubiera de guiarse por ella; pero hoy, en vista de lo antedicho sobre el artículo 205, no puede darse a esa fijación ese alcance, sino que ha de reconocérsela circunscrita a lo ya visto sobre competencia. En este sentido fue muy categórico el artículo 4º de la

ley 90 de 1920 que, con la sola salvedad de los casos allí puntualizados, ordenaba que antes de decidir sobre la concesión del recurso de casación, cuando no apareciera en el proceso el valor de las cosas materia del pleito, se fijara por medio de peritos la cuantía de la acción, "aunque en la demanda se determinen dichas cuantías". (Auto, Sala de Casación Civil, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 14 de 1945). 852, 2ª

FILIACION NATURAL. — EFECTO DE LAS SENTENCIAS SOBRE FILIACION. TEORIA DEL LEGITIMO CONTRADICTOR EN LAS LEGISLACIONES CHILENA Y COLOMBIANA —INTERPRETACION DEL NUMERAL 2º DEL ARTICULO 403 DEL C. C. — AMBITO DE ACCION DE LOS ARTICULOS 400, 401, 403 Y 404 EN LA LEY 45 DE 1936. — PRUEBA DEL HECHO DE LA FILIACION NATURAL. — PRESUNCIONES. — RESUMEN FINAL DE LA DOCTRINA DE LA CORTE QUE ECHO POR TIERRA LA ANTERIOR.

— 134 —

Los artículos 401, 402 y 403 del C. C., que no pueden tomarse aisladamente unos de otros, sino constituyendo todos entre sí una sola regla armónica, configuran una excepción al artículo 17, o autorizan de manera expresa que los fallos a que la primera disposición se refiere, condicionados por las otras dos, tengan efectos generales absolutos. El artículo 401, complementado por los 402 y 403, comprende claramente dos especies de juicios: primero, aquellos en que se controvierte la filiación legítima, provenientes de las acciones de impugnación o de reclamación de la paternidad legítima, consagradas en el capítulo 1º, Título X del Libro 1º del Código en los artículos 237 y 52 de la ley 153 de 1887, correspondientes al Título XI del mismo Libro y en el artículo 406, y segundo, las controversias sobre maternidad provenientes de las acciones sobre impugnación o reclamación de la maternidad, contemplada en los artículos 335 a 338, integrantes del Título XVIII ibídem y en el mismo artículo 406. Mas no en todas las acciones referidas la sentencia que las defina se reviste de efectos absolutos, sino aquellas colocadas dentro del artículo 402, una de cuyas condiciones establece que se hayan dictado con audiencia del legítimo contradictor.

En los artículos 315 a 320 del C. C. de Chile reglamentó D. Andrés Bello el alcance de las sentencias dictadas en las actuaciones sobre paternidad legítima y maternidad disputada, para lo cual se valió del discutido concepto del **legítimo contradictor**, pero precisándolo por medio de la determinación en la misma ley de las personas que en cada caso tienen ese carácter. De manera que en Chile como en Colombia la teoría del **legítimo contradictor**, que en Francia no pasó de ser mera tesis abandonada de controversias, se consagró en la ley con el fin de formular una derogación particular y también limitada al principio de derecho común sobre relatividad de la cosa juzgada. Según los artículos 315 a 317 del Código de Chile (artículos 401 a 403 del de Colombia), la estructura esencial del sistema sobre la cosa juzgada en materia de fallos de filiación legítima y maternidad, está comprendido en las siguientes reglas que forman un todo armónico e inseparable: **Las sentencias expedidas en los juicios de estado sobre filiación legítima y sobre maternidad surten efectos contra todos siempre que reúnan los siguientes requisitos: a) Que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada; b) Que esa sentencia se haya pronunciado con audiencia de legítimo contradictor; siendo legítimos contradictores: en la cuestión de paternidad, el padre contra el hijo o el hijo contra el padre; y en la cuestión de mater-**

nidad, la madre contra el hijo o el hijo contra la madre, y c) Que no haya habido colusión en el juicio. Cuando alguno de los tres requisitos anteriores falta, la sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada sino entre las partes que han litigado. Rige entonces la regla de la relatividad de los fallos. La falta de análisis del segundo requisito ha ocasionado la errónea interpretación que se les ha dado en Colombia a los artículos 401 a 403, dándoles significación diametralmente opuesta a la idea que encarnan, sobre la cual siempre estuvieron de acuerdo los comentadores chilenos y colombianos.

Se controvierte la paternidad legítima con legítimo contradictor, y el fallo que en tales juicios se pronuncie tiene efectos absolutos, contra todos: 1º Cuando conforme a los artículos 214, 215 y 237 del C. C. y 3º y 6º de la ley 95 de 1890, el marido impugna la legitimidad del hijo; y 2º Cuando alguno se presenta y promueve pleito como verdadero padre de la persona que pasa por hijo legítimo de otro, según el artículo 355, ord. 2º, o como verdadero hijo del padre que lo desconoce, según el artículo 406. En la cuestión de maternidad hay legítimo contradictor, y el fallo que en tales casos se pronuncie tiene efectos absolutos, por mandato del artículo 401, cuando se pretende probar que la madre legítima que vive no es tal madre, en ejercicio de las acciones consagradas en el título XVIII, de la maternidad. Ahora, aplicando la misma idea del artículo 403, de que legítimos contradictores son, en la cuestión de paternidad, el padre contra el hijo o viceversa, y en la cuestión de maternidad la madre contra el hijo o viceversa, se tiene entonces, por consecuencia, que los procesos se ventilan por personas que no son legítimos contradictores entre sí en varios casos de acciones expresamente reconocidas en el código, cuyo sentenciamiento, por lo tanto, apenas tiene fuerza relativa, vinculando solamente a las partes que han litigado en el pleito. Tales casos son los de los artículos 219, 220, 222 y 337 del C. C. Por estas disposiciones se puede ver cómo es de opuesto a la realidad el postulado jurisprudencial de que cuando se trata de obtener judicialmente una declaración o reconocimiento de paternidad, aun legítima, la acción está expresamente reservada en nuestra ley al hijo que la solicita, con audiencia del padre o de la madre que se opone, por cuya razón el artículo 401 consagra, no la teoría del legítimo contradictor, sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación. Si eso fuese verdad existiría contradicción, como lo dice el Tribunal de Medellín en sentencia de 14 de julio de 1942, entre el artículo 403 y las disposiciones mencionadas en los títulos X y XVIII del Código Civil.

La prescripción del artículo 403, según el cual, "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", no debe entenderse en el sentido de que son inválidos los juicios seguidos entre personas que no sean las enumeradas en la primera parte del artículo, pues si así fuese quedarían sobrando en el Código Civil las acciones de impugnación de la paternidad y de desconocimiento de la maternidad que se otorgan después de muerto el padre o la madre e igualmente habría que dar por inexistente el artículo 406. El alcance de esa cláusula es muy fácil de determinar. Coopera principalmente la disposición en las disputas sobre maternidad. Fue consagrada en atención a esa clase de controversias de las cuales sin discutirse directamente sobre la paternidad, esta cuestión sin embargo, también está comprometida; como cuando viviendo el marido se discute la maternidad del hijo, pues si la mujer no es la verdadera madre, el marido no será

tampoco el padre legítimo, y, al contrario, declarada la maternidad, el marido será el padre en virtud de la regla **pater is est**... En estos casos debe intervenir forzosamente el marido en el juicio, claro que estando vivo, pues si está muerto no hay sujeto a quién hacer intervenir; además de que las respectivas acciones no están condicionadas a la vida del marido, pues vuelve a repetirse que si ello fuera así habría que borrar los Títulos X y XVIII del C. C. y el artículo 406. Por lo tanto, en cumplimiento del artículo 403, el padre, mientras viva, deberá intervenir **forzosamente** en el juicio, so pena de nulidad: 1º Cuando algún interesado distinto del padre, provoque contra el hijo la acción de impugnación de su legitimidad, por haber nacido después de expirados los 300 días subsiguientes a la declaración de nulidad del matrimonio, apoyado en el artículo 220. Fuera de este caso, no se ve posible la aplicación de la comentada regla del artículo 403, en las acciones de impugnación de paternidad. 2º Cuando la supuesta madre, pretendiendo probar la suplantación del hijo, se dirige contra el supuesto hijo para impugnar la maternidad, según el derecho consagrado en el artículo 355, inc. 1º; y 3º Cuando el hijo que pasa por legítimo de dos cónyuges determinados lo es de un matrimonio distinto, los verdaderos padres pueden seguir el juicio disputando la maternidad, según el inc. 2º ibídem. En este caso el juicio se seguirá, como es natural, contra la señalada madre supuesta; y por aplicación del artículo 403, al marido de ésta que será el supuesto padre, tiene que llamársele al juicio porque junto con la maternidad está comprometida también la cuestión de su paternidad. 4º Mientras vivan ambos padres supuestos, ninguno de sus presuntos herederos tiene acción para impugnar la maternidad, áunque tengan conocimiento del fraude. Pero si muere la madre heredarían, por ejemplo, sus hermanos, a no ser por la existencia del supuesto hijo, que les arrebata la herencia; por lo cuál entonces pueden disputar los hermanos la maternidad según el artículo 337, con el objeto de que aclarado que no ha habido tal hijo, recojan la herencia de la supuesta madre. Por aplicación del inciso 2º del artículo 403 aquí también tendría que hacerse intervenir al supuesto padre en el pleito, so pena de nulidad. Fuera de los anteriores pueden presentarse otros casos, dada la complejidad y variedad de acciones sobre maternidad. Pero los enumerados sirven para poner de manifiesto el alcance de la regla, muy distinto del que hasta hoy le señala la jurisprudencia de la Corte, consistente en establecer que las acciones de reconocimiento de la paternidad no se pueden promover después de muerto el padre, ni siquiera contra los herederos de éste. Tampoco, como lo dijo algún Tribunal, la disposición es una repetición del artículo 216. Según la nueva idea de la Sala constituye una regla de alcances propios y especiales, siendo, además, armónicos dentro de la institución del legítimo contradictor definida en la ley.

El ámbito de acción de los artículos 401, 403 y 404 en la ley 45 de 1936 debe ser todo el que le corresponde a la noción examinada. El legislador de 1936 tomó la institución del legítimo contradictor y la incrustó en las acciones sobre la investigación de la paternidad natural con las acomodaciones inherentes a la naturaleza del nuevo derecho. Aplicación lógica y natural de dicha institución dentro del estatuto de filiación natural es que si el juicio de declaración de la paternidad natural se sigue con el pretendido padre, la sentencia que se dicte obliga a todos, en fuerza de sus efectos **erga omnes**. Lo que no ocurrirá cuando la declaración de paternidad se demande después de muerto el padre, contra sus herederos, porque entonces la sentencia que se dicte, no habiéndolo

sido con audiencia del legítimo contradictor, tiene los efectos comunes de la cosa juzgada, de crear vinculaciones obligatorias limitadas a los litigantes. Consecuencia de esto es que si el juicio se sigue con el padre, la sentencia que se dicte obliga a todos, en fuerza de sus efectos **erga omnes.**

Según el artículo 406 nada podrá oponerse a quien se presente como verdadero hijo legítimo del padre o madre que lo desconoce. La acción es imprescriptible. Es una regla de derecho universal, enunciada en el artículo 328 del C. C. francés.

Complementada la acción de declaración de la paternidad natural con la institución del legítimo contradictor, aplicable por mandato del artículo 7º de la ley 45 de 1936, a los fallos que les pongan término a las investigaciones de esa paternidad, se concluye que demandando el pretendido padre en vida, la sentencia dictada con audiencia del legítimo contradictor tiene efectos contra todos, aun cuando el padre muera durante el juicio, pues en tal caso, citados todos los herederos, opera el artículo 404. Si muerto el padre se inicia la acción la sentencia que sobrevenga, por no haber sido dictada con audiencia del legítimo contradictor, limita su imperio a las partes contendientes. En consecuencia, muerto el padre, subsiste el derecho del hijo a obtener la declaración judicial de su filiación, pues la voluntad del padre en nada afecta la vigencia de ese derecho, comoquiera que el reconocimiento depende de un hecho independiente de esa voluntad.

En la prueba de la paternidad natural no siendo posible acreditarla por medios directos, la ley recurre a presunciones. Entonces la verdad judicial de éstas debe imponerse a la conciencia del Juez espontáneamente, sin dificultades.

En resumen: a) Los artículos 401 a 404 del C. C. establecen legislativamente el sistema de los legítimos contradictores, cuyo objeto es proveer, en algunos casos de esas acciones, excepciones a la regla general de derecho positivo sobre el alcance relativo de las sentencias judiciales. b) Sobre este alcance de los artículos mencionados nunca hubo la menor duda en la doctrina de todos los comentadores del Código de Chile y del colombiano, tanto antiguos como modernos, estatutos en que son idénticas dichas disposiciones. c) Los antecedentes del inciso 2º del artículo 317 del Código de Chile, correspondiente al 403 del colombiano y el modo armónico como se hace patente que debe operar ese mandato en las acciones de filiación, especialmente en materia de disputas sobre la maternidad, acreditan incontrovertiblemente que cuando el inciso dispone que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", lejos está de significar que con el deceso del padre muere la acción del hijo para reclamar su filiación, o la acción del padre o de la madre para discutir su calidad de tales, pues si se le diera ese significado se derrumbaría toda la estructura legal de las diferentes acciones de filiación, tan científicamente ordenadas en el Código Civil. d) De consiguiente, incrustada la acción de legítimo contradictor en las acciones sobre declaración de la filiación natural creadas en la ley 45 de 1936, es forzoso aplicarla en ese nuevo campo con el mismo sentido que posee en las acciones de filiación legítima, que como se ha visto, no es de privar al hijo del derecho de reclamar su verdadero estado por la muerte del padre, sino el de diferenciar los casos en que la sentencia tiene efectos **erga omnes** de los en que tan sólo tiene efectos relativos. e) En la ley 45 de 1936 se prescindió expresamente de establecer términos especiales de prescripción para la acción de declaración de la filiación natural. Sobre el particular conviene una reforma le-

gislativa que establezca un término corto y perentorio a título de caducidad, a partir de la muerte del padre, en que la acción sea aceptable contra sus herederos. f) Aceptado como está de modo unánime, inclusive por las anteriores sentencias de la Sala que la ley 45 de 1936 responde a elevados requerimientos de justicia social, la misma justicia exige todavía con mayor apremio, que la muerte del padre no prive de la acción al hijo contra sus herederos. g) Como el artículo 4º de la ley 45 de 1936 crea una acción excepcional de investigación de la paternidad natural, basada en hechos que exigen una previa calificación judicial en sentencia a que haya precedido el más amplio debate contradictorio entre el hijo y el pretendido padre y sus herederos, es gravemente equivocado sostener que tal calificación pueda intentarse por vía sumaria, por ejemplo, en el juicio de sucesión. h) Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investigación de la paternidad natural se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos, especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial. i) Por último, igualmente es conveniente que respecto de las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936 ésta se reforme en el sentido de requerir como necesario para dar por probadas esas causales un principio de prueba por escrito, emanado del pretendido padre, que haga verosímil el hecho litigioso. La comprobación de esos estados no debe dejarse a merced meramente de la prueba testimonial, peligrosa por los abusos que con ella se cometen. Cuando entre el presunto padre y la madre han existido de manera notoria relaciones sexuales estables (numeral 4º), o cuando el hijo alega la posesión notoria para obtener la calificación de su filiación natural (ord. 5º), es natural y obvio que exista prueba literal directa o indirecta dimanada del padre, de donde se deduzcan aquellas relaciones o se infiera la aceptación de la paternidad. (Casación, LIX, números 2025, 2026 y 2027, octubre 1º de 1945) ... ... 684, 1ª y ss.

FILIACION NATURAL

— 135 —

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, han de ser reputados como hijos naturales, desde su concepción, quienes obtienen declaración judicial de tales. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, septiembre 20 de 1945). 929, 1ª

FIRMAS DE LOS TESTIGOS EN LAS ESCRITURAS PUBLICAS

— 136 —

La presunción de autenticidad de las firmas de los otorgantes de una escritura pública, de los Notarios y de los testigos no es dable desvirtuarla sino con pruebas suficientes y plenas que la contrarresten.

Conforme a la modificación que el artículo 333 de la ley 57 de 1887 introdujo al 2595 del Código Civil continúa subsistiendo la exigencia de la firma, entera o no, de los testigos instrumentales, como una formalidad sustancial para la validez del respectivo instrumento. Y como al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1857 del Código Civil la formalidad de la escritura pública, en tratándose de venta de bienes raíces, es requerida en atención a la naturaleza del contrato, ello quiere decir que aquella nulidad tiene, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1741, ibídem, la calidad de absoluta, como así lo dedujo atinadamente el Tribunal. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 16 de 1945). 783, 1ª

— G —

GLOSAS DE LA CONTRALORIA A LAS CUENTAS PRESENTADAS POR LOS TESOREROS O DEPOSITARIOS DE FONDOS PUBLICOS.—SE DIRIME UNA COMPETENCIA NEGATIVA ENTRE DOS ENTIDADES

— 137 —

En el poder que tiene la Contraloría para vigilar las inversiones de los fondos confiados a los tesoreros o depositarios de fondos públicos está comprendida la facultad de glosar las cuentas cuando los obligados a rendirlas no se ajustan en su rendimiento a las exigencias del Código Fiscal. De manera que cuando un Contralor hace observaciones a las cuentas y formula las glosas, no hace otra cosa que velar por la correcta administración de los fondos públicos. Obra, pues, como guardián o celador de tal administración y no como contratista, cuando le avisa el responsable que sus cuentas están mal liquidadas y que la entidad cuyo tesoro está afectado con esas cuentas tiene a su favor un saldo que el responsable debe satisfacer. Como funcionario de una entidad de derecho público obra también el Contralor cuando requiere al responsable para que conteste las glosas; y solamente en esa condición oficial es como un Contralor puede fenecer definitivamente las cuentas de manejo o elevar a alcances las glosas hechas a las cuentas de los responsables y que éstos no hayan podido justificar en la contestación provocada por el Contralor. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 23 de 1945). 1106, 1ª

GRADUACION DE CULPAS

— 138 —

La graduación de culpas contemplada por el artículo 63 del Código Civil se refiere a contratos y cuasi contratos, mas no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluída. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida. Ejemplo entre otros los artículos 298, 627, 1604, 1356, 2119, 2203 y 2347 del Código Civil. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 31 de 1945). 409, 2ª

— H —

HECHOS DE LA DEMANDA

— 139 —

Según el artículo 737 del C. J., los hechos en que se apoya una demanda en juicio ordinario, se deben expresar debidamente clasificados y numerados. De esta suerte, en la clasificación que se haga de una demanda, pueden agruparse diferentes cosas que permiten considerarse como pertinentes al mismo hecho, aun cuando en verdad dicha clasificación, en la mayor de las veces, abarca y contiene varios hechos y afirmaciones atañaderas al hecho principal. El artículo 737 del C. J. no expresa, en forma terminante, que los hechos deben indicarse separadamente uno de otro, es decir, que en la clasificación y numeración del hecho, estén excluídos otros puntos o afirmaciones que contengan otros hechos, aunque se relacionen con el hecho principal. Lo que acontece es que el hecho se presenta rodeado de todo aquello que se relaciona con él y de ahí que en su clasificación se haga la historia completa de lo que lo configura. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, junio 21 de 1945). 547, 2ª

HEREDEROS

— 140 —

En habiendo descendientes legítimos para el caso de faltar ascendiente, la ley finge que el ascendiente premuerto, indigno o deshe-

redado o que ha repudiado, no falta, porque su puesto, hasta con el mismo grado de parentesco con el difunto, automáticamente se llena con la descendencia legítima, a la cual confiere este derecho por sí misma, por ser descendencia legítima, no por herencia del ascendiente, sobre lo cual este concepto queda muy aclarado al citar por contraste el derecho de trasmisión reglamentado por el artículo 1014, cuyo ejercicio requiere la aceptación de la herencia del transmisor, como es lógico, porque la transmisión se establece en favor de los herederos del asignatario que fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, septiembre 15 de 1945). 952, 2ª

HOMICIDIO IMPERFECTO Y ACTOS QUE LO CARACTERIZAN

— 141 —

La entidad o categoría del homicidio imperfecto se subordina al **iter criminis** recorrido por el agente y a la especie de actos realizados; así, el intentado requiere los actos preparatorios y el principio de los actos ejecutivos necesarios a la consumación, y el frustrado todos los ejecutivos o consumativos desde el punto de vista subjetivo; en otros términos, en el intentado hay un principio de ejecución que se suspende en cualquier punto de su curso o desarrollo por circunstancias extrañas al querer del agente del delito, y en el frustrado se recorrió todo el **iter criminis** pero sin la producción del resultado que el agente se propuso por circunstancias ajenas a su voluntad. (Casación, LIX, números 2019, 2020 y 2021, mayo 29 de 1945) 235, 2ª

HOMICIDIOS INTENCIONAL Y ULTRAINTENCIONAL

— 142 —

El elemento que diferencia el homicidio intencional y el homicidio ultraintencional es el propósito: el de matar aquél, y el de causar lesiones, éste.

De este principio surgen dos postulados, uno de Derecho Penal Material, el de que la negación del propósito en el homicidio intencional no lo convierte automáticamente en ultraintencional, y otro de Derecho Penal Formal, el de que los falladores no pueden sancionar especie delictuosa no deducida en el auto de proceder, ni declarada por el Jurado. (Casación, LIX, Nros. 2022, 2023 y 2024, agosto 17 de 1945) 498, 1ª

— I —

IMPUESTOS DIRECTOS E INDIRECTOS

— 143 —

La Corte prohija y sustenta su anterior doctrina según la cual cuando se trata de impuestos indirectos no es posible decretar la devolución de ellos.

Un impuesto que, como el establecido por el artículo 8º de la Ordenanza número 37 de 1929, tiene en cuenta al propietario mismo del vehículo para cobrar a éste el impuesto, las especificaciones de cada vehículo para determinar el importe del tributo; en que el pago se hace por períodos fijos y aun anticipados por mensualidades, etc., no es, en manera alguna, y a juicio de la Corte, un impuesto indirecto, sino directo sobre la propiedad del vehículo. En casos de la naturaleza del actual, de características tan definidas, en que el impuesto se cobra necesariamente con base en una lista nominativa de propietarios y vehículos, la calificación del impuesto como directo parece incontrovertible, a la luz de la doctrina de los economistas

y de los tratadistas de Hacienda Pública. Es obvio, por lo demás, que aun en el caso de impuestos directos, las personas gravadas que, con sus personales desembolsos, tienen que atender a su pago, tratan también de hacer incidir sobre extraños el todo o parte de esos impuestos, como ocurre con el impuesto predial, por ejemplo, que es directo, y que el propietario cuando es arrendador de la finca respectiva procura que la carga del impuesto se traslade al arrendatario en el importe mismo del canon de arrendamiento. Casos hay, a la inversa, en los cuales el impuesto indirecto, por dificultades para su traslación a terceros, tiene que ser **absorbido**, según el término usado por los economistas, por quien lo cubre directamente a la administración pública. Mas tal ocurrencia no cambia la naturaleza misma de las cosas, toda vez que lo que le da, por ejemplo, a los impuestos de consumo, que son indirectos, esta calidad de indirectos, es principalmente el ánimo de quien lo establece o sea de la entidad de derecho público, de gravar al consumidor mismo, no al expendedor del artículo, o en otros términos, el querer tal entidad que el impuesto sea trasladado a dicho consumidor, y sin que haya de menoscabar este orden de cosas, de carácter jurídico propiamente dicho, el que circunstancias económicas especiales puedan de hecho entrabar o hacer eventualmente imposible, en parte al menos, el fenómeno de la traslación del tributo buscada y querida por el legislador. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIX, números 2022, 2023 y 2024, julio 23 de 1945) 572, 1ª

IMPUGNACION DE LA LEGITIMIDAD DE UN HIJO

— 144 —

La ley 45 de 1936 está inspirada en el sentido justiciero y humanitario de amparo al nacido fuera de matrimonio; pero no por ello deja de establecer limitaciones que el juzgador no puede pasar por alto. Así, por ejemplo, en principio prohibe el reconocimiento como natural de un hijo concebido por mujer casada y establece como excepción el desconocimiento de la paternidad por el marido y sentencia ejecutoriada que declare no ser hijo suyo. En otras palabras, para la posibilidad de que el concebido por mujer casada sea reconocido como hijo natural —y de su peso se cae que será de padre que no es el marido— es preciso que éste lo desconozca y que una sentencia ejecutoriada refrende, por decirlo así, o dé valor o existencia legal y eficacia a ese desconocimiento. Así concilia la ley 45 su aludido interés protector con el de la sociedad y de la familia a que corresponde la presunción de legitimidad del concebido durante el matrimonio de sus padres.

Cuando la mujer ha abandonado el hogar y le nace un hijo después del décimo mes de tal abandono, el marido puede en cualquier tiempo, impugnar la legitimidad de ese hijo; pero, como sobra decirlo, su demanda tiene que invocar esos hechos y de cargo suyo es probarlos. Del propio modo debe alegar y probar el adulterio de la mujer cuando es el caso y en ello funda su impugnación, o, mejor dicho, con ello ha de dar cabida a otras pruebas. Y cuando, como en el caso presente, no se invocan esas causales, lo procedente y necesario es demostrar la imposibilidad física absoluta requerida por el artículo 214 del C. C. (Casación, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945) 738, 1ª

INCONGRUENCIA

— 145 —

La causal 2ª de casación, conforme al artículo 520 del C. J., sólo es procedente, ya cuando en el fallo se decide sobre puntos ajenos a la controversia (**ultra petita**), o

cuando se deja de resolver sobre algunos de los que fueron objeto del litigio (**extra petita**), o se dejare de fallar sobre algunas de las excepciones perentorias oportunamente alegadas, cuando era el caso de hacerlo (**mínima petita**). Unicamente cuando incurre el fallo en alguno de esos excesos u omisiones es cuando podría decirse que se rompe la armonía que por ministerio de la ley debe prevalecer entre lo pedido en el juicio y lo decidido en la sentencia. (Casación, LIX, números 2025, 2026 y 2027, octubre 29 de 1945). 746, 2ª

INCONGRUENCIA

— 146 —

En numerosas sentencias ha dicho la Corte que siendo absolutorio el fallo de instancia no es pertinente invocar contra él la causal de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes si ellas han sido negadas en su totalidad. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 23 de 1945) 358, 1ª

INCONGRUENCIA

— 149 —

Ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia que es en la parte resolutiva donde debe buscarse la incongruencia de ésta con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 8 de 1945) 863, 1ª

INDICIOS EN MATERIA PENAL

— 148 —

El indicio es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación incriminatoria. Y no será indicio que pruebe responsabilidad el que necesita, para valer como tal, de la apreciación subjetiva del juzgador, porque en tal caso todas las contingencias y sucesos allegados a la vida de un proceso estarían sometidos, sin lógica ni sana exégesis legal, al arbitrio de las diferentísimas subjetividades de los varios juzgadores del proceso. El hecho que se toma como indicio incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador, no es un indicio sino una sospecha. Y las sospechas no pueden tener jamás fuerza de responsabilidad sino en el caso de que —y entonces se convertirían en indicios— en el plano objetivo tengan estructura de hechos nítidos, los cuales en juego con otras pruebas demuestren una relación de causalidad con el acto delictuoso. (Casación, LIX, números 2022, 2023 y 2024, agosto 3 de 1945). 490, 1ª

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

— 149 —

Planteado por el recurrente el punto primordial de la falta de estudio de la personalidad del procesado, lo que se entiende, así planteado el problema, es que se formula una crítica al fallo, al cual se califica de deficiente porque el sentenciador pasó por alto una cuestión de tanta trascendencia y significado, como es la de establecer de manera previa en qué circunstancias se consumó el delito, qué antecedentes registra la vida del infractor, qué lo movió a proceder, etc. El reparo es exacto, y no precisamente para la sentencia a que aludé el recurso, sino para la generalidad de las que pronuncian los jueces colombianos, en las que raras veces se observa que se haya meditado sobre este punto. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que la individualización de la pena haya sido por esta causa equivocada en grado tal, que traduzca una aberración o una injusticia de

SOCIEDADES DE MINAS.—ACCIONES DE MINAS

— 256 —

No puede reputarse vigente la limitación que establecía el artículo 259 del Código de Minas, después de que el 29 de la Ley 292 de 1875 levantó la que había hasta él según el artículo 257, que reemplazó. Este reemplazo del artículo 257 suprimió la limitación establecida por éste en su segundo miembro o parte final, lo que resalta al cotejar estas dos disposiciones, o sea, los artículos 257 del Código y el 29 de la citada ley. La situación a que atienden es la que corresponde a socios concurrentes en persona. Por su lado el artículo 259 del Código se refiere a la situación de socios que, a más de sus propias actuaciones, tengan por representación las de otro u otros socios. En uno y otro caso se juntan varias acciones en un mismo votante, lo que implica identidad entre los dos desde este punto de vista. No parece lógico que, a pesar de esto, se tuviera por vigente la limitación del artículo 259, estando suprimida la del artículo 257. A ella se recurrió con el fin de evitar el sacrificio de las pocas acciones por las muchas y de procurar, con tal fin, la concurrencia de los pequeños accionistas a las asambleas; y bien se ve que si se prescindió de tal propósito y defensa al tratarse de los accionistas mismos, no puede entenderse que quedara en pie para cuando no concurren en persona, detalle éste de ninguna significación ante el fondo y razón de ser de esas disposiciones (artículos 257 y 259), inseparables como encaminadas a un mismo objetivo. Ante esto, es de conceptuar que existe incompatibilidad entre el artículo 259 del Código, en cuanto en su inciso 1º establece la expresada limitación, y el artículo 29 de la Ley 292 de 1875 que la levanta en la forma plena y general implicada por su redacción misma, pues principia por sentar el precepto de que los votos han de valer y numerarse según las acacciones de cada socio, cualquiera que sea el número de ellas, con estas palabras: "En todo caso". Quedó, pues, derogado tácitamente el artículo 259 por el 29 de la Ley 292 de 1875. Pudiera entenderse que, a pesar de lo dicho, siga en pie el artículo 259 con su limitación mencionada, por referirse sólo al caso de que un socio cuyas acciones pueden ser de número reducido logre por representación de otros socios atajar el querer de accionistas dueños de gran número de acciones, por ser fácil conseguir esa representación, haya de considerarse en pie la limitación en referencia, esto es, la del artículo 259, mas en el caso del pleito no sería aplicable ese artículo, pues exclusivamente se refiere al caso de representación de uno o más socios por un socio, es decir, el aumento de las acciones de éste mediante la representación de aquéllos. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 17 de 1945). 675, 2ª

SUBROGACION

— 257 —

Cuando de dos compradores que asumen solidariamente el pago del precio uno solo es el que lo cubre, las acciones a que esto da lugar por quedar subrogado el acreedor en la parte del crédito que el pagador cubrió por su compañero son cosa muy distinta de la pérdida por éste de su calidad de comprador o de su dominio como comunero en lo adquirido, no sólo por aquél sino por ambos, por virtud de la compraventa. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 30 de 1945). 127, 1ª

SUBROGACION

— 258 —

El artículo 2381 y el 2406 del C. C. se complementan entre sí. Ambos se refieren al fenómeno de la subrogación de derechos del

acreedor, definido por el artículo 1666 y reglamentado en las disposiciones siguientes del Código Civil. La subrogación de los derechos del acreedor al fiador que paga por el deudor principal se efectúa por ministerio de la ley, y le traspasa, en armonía con el artículo 676, todos los derechos, acciones, etc., de que habla este artículo. Pero para que la subrogación se realice respecto del fiador, hay necesidad de que éste haga el pago. Sólo después del pago el fiador se convierte en acreedor efectivo del deudor principal por quien ha solucionado la obligación. Es entonces cuando la obligación del deudor se hace exigible a favor del fiador subrogado, y puede hablarse ya de la acción de cobro entre éste y aquél, nacida de relaciones nuevas dimanadas del fenómeno de la **subrogación**, distintas de las antiguas que vinculaban al acreedor primitivo con el deudor y su fiador. Sugerir, pues, que el acreedor pueda hacerle perder al fiador las acciones procesales ejecutivas u ordinaria que tiene contra sus deudores, sean éstos principales o subsidiarios, entraña la enunciación de una hipótesis absurda. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 17 de 1945). 725, 1ª

— T —

TACHA DE TESTIGOS

— 259 —

Como lo dijo el Tribunal, y esta apreciación la hace suya la Corte, los hechos que constituyen la tacha han de ser probados oportunamente, y esa oportunidad no puede estar sino en el correspondiente estado probatorio del respectivo juicio, conforme con la aplicación que se da en el auto del Tribunal a los artículos 709 y 673 del Código Judicial. No vale argüir que los incidentes pueden proponerse hasta antes de la citación para sentencia (artículo 394, C. J.), o hasta antes del fallo, según la clase del juicio, porque esta disposición no establece un término que siempre haya de cumplirse, sino que consagra una limitación general, que no se puede sobrepasar, pero que no impide que en determinados casos, por ejemplo en el de la tacha de peritos, el término sea menor. El Tribunal considera y la Corte también, que la comprobación de los hechos constitutivos de tacha, como prueba que es, debe hacerse en el término probatorio del juicio, apreciación a la cual no se opone la regla generalísima aducida por el artículo 394, pues el silencio del Código en el particular autoriza a estimar, con base en los principios que informan la prueba, que la correspondiente a la tacha debe recibirse en el término probatorio del juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, junio 28 de 1945). 577, 1ª

TENENCIA

— 260 —

Ciertos actos como el de arrendar y percibir los cánones, sembrar y recoger las cosechas, cercar, hacer y limpiar desagües, atender a las reparaciones de una casa o terreno dados, no implican de suyo posesión, pues pueden corresponder a mera tenencia, ya que para aquélla han de ser complementados con el ánimo de señor o dueño, exigido, como base o razón de ser de la posesión, por la definición misma que de ésta da el artículo 762 del C. C., el cual, al definir la mera tenencia en su artículo 775, la hace contrastar con la posesión, cabalmente en función de ese ánimo, y agrega: "El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece". (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, octubre 27 de 1945). 733, 1ª

TENENCIA

— 261 —

Cercar un predio, sembrar, cosechar, dar pastajes en él, dar porciones del mismo en arrendamiento, etc., son actos cuya ejecución acredita desde luego la tenencia y que sólo ejecutados con ánimo de dueño constituyen aquéllos. Los documentos de arrendamiento, las declaraciones de testigos sobre siembras, cercas y pastajes comprueban la realidad de tales hechos; pero no ese ánimo en quien los realizó, por más que sea sincera la opinión que al respecto formaran los testigos por la circunstancia de no aparecer ante ellos los dueños. Si esto es así, en tesis general, tanto por lo dicho cuanto porque la prueba testimonial versa y obliga en lo relativo a los hechos mismos, esa situación y apreciación probatoria cobra mayor realce cuando obran pruebas que contradicen el ánimo de señor con que al cabo del tiempo viene a decirse que esos actos se ejecutaron. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, noviembre 23 de 1945). 800, 1ª

TERMINOS

— 262 —

Los términos probatorios y, en general, todos los términos procesales, son perentorios y de estricta aplicación, y no pueden, por tanto, ser ampliados por el juzgador sino en aquellos casos en que la ley le dé facultad expresa para hacerlo, tales como el del citado artículo 752 y el del juicio relativo a bienes vacantes y mostrencos, regulado por el artículo 842 del mismo Código de Procedimiento.

Si la ley no permite la ampliación, el término es fatal, como dicen los prácticos.

La naturaleza del incidente del artículo 553 del C. J. exige prontitud para la regulación de los perjuicios, intereses, frutos, etc. Su redacción es un mandato imperativo: si la liquidación no se objeta, "el Juez dicta auto aprobatorio". Si se objeta, se abre a pruebas por 15 días, y vencidos "el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado".

Se ve, pues, cómo una vez vencido el término, queda precluída esa etapa del incidente, para que surja la subsiguiente. Ello indica que el término se concede con exclusión de otro, por lo cual se perentorio. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, diciembre 3 de 1945). 1188, 2ª

TESTAMENTO

— 263 —

Si es sabido, por una parte, que el testamento es un acto de una sola persona, indivisible por su propia naturaleza desde el punto de vista de las condiciones esenciales para su validez, y si por otra, el vicio de nulidad absoluta es radical y produce por disposición expresa de la ley el anotado efecto de dejarlo sin valor alguno, es claro que la sentencia que declara una nulidad de esa calidad perjudica precisamente a todos los interesados en que se mantenga la validez del acto, sean ellos asignatarios a título universal o singular, y es obvio que, dado el principio general de los efectos relativos de la sentencia consagrado en el artículo 474 del Código Judicial, el juicio en que la declaración de aquella nulidad se solicite no puede desatarse favorablemente sin audiencia de todos aquellos a quienes la sentencia pueda perjudicar, sin que exista una previa disposición legal que expresamente así lo autorice, cosa esta última que no ocurre para casos como el del proceso.

El artículo 477 del Código Judicial no le otorga al demandado, como así lo cree el recurrente, la facultad de hacer comparecer en

juicio en que se ejercite la acción de nulidad y en condición de demandados, a otras personas contra quienes no se dirige la demanda, a fin de que la sentencia les perjudique o aproveche, sea que una vez notificadas comparezcan o no al juicio; pues tal facultad se le confiere a aquél para que haga citar a las personas a quienes designe como posibles "interesadas en que se **declare la nulidad pedida**" (subraya la Corte); es decir, a quienes podrían actuar también en condición de demandantes. Luego en esta disposición no puede encontrarse la norma expresa que autorice a desatar la litis sin la presencia de todas las personas a quienes pudiera perjudicar la declaración de nulidad absoluta del testamento. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, diciembre 13 de 1945). 845, 2ª

TESTAMENTO

— 264 —

En el caso de autos, si se atiende sólo a lo dispuesto en el ordinal 17 del artículo 1068 del Código Civil, en armonía con el 11 de la Ley 95 de 1890 y el 1191 del mismo código, y considerando que la mentada confesión del testador envuelva un legado gratuito en favor del testigo Vallejo, ya que éste declara en relación con ese hecho que no tiene prueba alguna escrita distinta del testamento, la inhabilidad del testigo sería manifiesta, determinando como consecuencia la nulidad del testamento; pero si se toma en cuenta lo estatuído en los artículos 1119 y 1120 del C. C., la solución tiene que ser distinta, porque de otro modo, en un caso como el presente, carecería de operancia y de sentido práctico el artículo 1119 del Código Civil, pues, si se admite la conclusión de que en razón de los dos textos legales primeramente citados el testamento es nulo en su totalidad, ningún alcance tendrían los artículos 1119 y 1120 que se limitan a declarar que no vale la disposición testamentaria en favor del acreedor, en este caso testigo, cuyo crédito no conste sino por el testamento. Si se invalida todo el testamento de consiguiente quedaría invalidada la declaración testamentaria en favor del testigo acreedor y ello determinaría la inoperancia e ineficacia de los citados artículos 1119 y 1120. Por consiguiente, presentándose esa incongruencia en los referidos textos legales habría que desatarla, según conocidas reglas de hermenéutica legal tratando de buscar la armonía y debida correspondencia entre ellos, o, ya que forman parte de un mismo código, prefiriendo la disposición relativa a un asunto especial a la que tenga carácter general, y todo ello lleva como de la mano a admitir como la más jurídica la interpretación que acepte que en un caso como el contemplado en autos sólo se produce la invalidez de la disposición testamentaria en favor del testigo cuyo crédito no conste sino por el testamento y no la de la totalidad de éste, en razón de la consiguiente habilidad del testigo para servir como tal. Tal ha sido la doctrina de la Corte en un caso idéntico al que ahora se contempla.

No todas las solemnidades a que está sometido el otorgamiento de un testamento abierto deben constar expresamente en él, pues en tratándose de un acto de esa naturaleza tal requisito sólo es exigido por mandato de la ley para las circunstancias de que tratan los artículos 1073, 1075, en sus incisos 2º y 3º, y 1076 del Código Civil, y en cuanto a las demás, si en verdad debe ser aconsejable y conveniente que ellas consten en el propio testamento, la ley no lo ha requerido así expresamente, por lo cual el hecho de que en él no conste su cumplimiento no es determinante de nulidad, pues, como lo ha sostenido la Corte en repetidas ocasiones, los documentos públicos o auténticos llevan en sí la presunción de haberse otorgado legalmente, hasta tanto que no aparezca de manifiesto o no

se acredite lo contrario por quien alega alguna omisión fundamental.

La misma ley permite que el testamento se escriba previamente, o en uno o más actos sin que requiera la concurrencia a ellos de tales personas, pues tal exigencia sólo es de imperativo cumplimiento cuando se realiza la lectura de las disposiciones testamentarias. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, julio 23 de 1945). 366, 2ª

TESTAMENTO

— 265 —

La firma del testador no es esencial, ya que los que no saben leer ni escribir pueden otorgar testamento público; lo que la ley exige en caso de analfabetismo o imposibilidad de escribir es la mención de esta circunstancia con expresión de la causa. (Artículo 1075 C. C.). El artículo 1074 del C. C. impone la expresión en el testamento de ciertas circunstancias de especial importancia como seguridad de identidad personal, como son el nombre y apellido del testador, su nacionalidad, su vecindad, el lugar de su nacimiento, su edad, su sanidad de juicio, los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, los de sus hijos legítimos, legitimados o naturales, con distinción de vivos y muertos, el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos, la fecha del testamento y el nombre y apellido del Notario. Estas expresiones sustanciales son exigidas, so pena de nulidad, si por haber sido omitidas una o más de ellas se hace dudosa la identidad personal del testador, Notario o testigos. Desde el punto de vista del modo y carga de la prueba de estas formalidades esenciales del testamento cuando se trate de deducir en juicio su nulidad externa por omisión de alguna de ellas, precisa distinguir las que la ley manda mencionar expresamente, de las demás que no están sujetas legalmente a tal exigencia. Tratándose de las primeras, constitutivas como son de una solemnidad legal, su prueba es el testamento mismo, de tal manera que si en él no se halla la expresión sustancial e indispensable, el motivo de la nulidad testamentaria está patente. Tal acontece, siguiendo la referencia exclusiva al testamento abierto, con la necesidad de expresar en él, cuando el testador no firma, si es por ignorancia o por imposibilidad, o con la de hacer constar que uno de los testigos firma por otro a su ruego por no saber o no poder firmar (artículo 1075, incisos 2º y 3º), o con la firma del testador y de los testigos (ibídem), formalidades éstas cuyo cumplimiento no puede averiguarse sino en el instrumento testamentario mismo.

Las otras formalidades esenciales, si bien deben ser cumplidas también como solemnidades, por no ser su cumplimiento de obligatoria mención en el testamento, puede demostrarse que fueron adecuadamente cumplidas haciendo uso de cualquier medio probatorio, pero en este caso, de acuerdo con principios de derecho probatorio, hay que presumir que el testamento, como sucede con todo instrumento público, fue extendido con el lleno de las formalidades legales, como ocurriría si en la escritura testamentaria no se menciona la circunstancia de haber sido leída, toda entera y en voz alta, por el Notario, o que durante su lectura estuvieron continuamente presentes el Notario, el testador y los testigos (artículo 1074).

En materia de firma del testador en testamentos nuncupativos ha sido abundante la doctrina de casación en el sentido de estimar tal requisito simplemente como demostración de la voluntad de testar, sin dar excesiva importancia a la perfección de los signos caligráficos y pensando más en la confianza que inspira la intervención del Notario. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 16 de 1945). 670, 1ª

TESTAMENTO NUNCUPATIVO

— 266 —

Nuestra ley, como en lo general hacen y siempre han hecho todas, para reconocer y garantizar al individuo la facultad de formular su voluntad en forma eficaz para que tenga pleno cumplimiento después de sus días y para que la autoridad pueda poner todo su conato en la cabal y fiel ejecución de aquella, se precave cautelosamente a fin de cerciorarse de que se trata en realidad de una voluntad efectiva, no fingida, ni impuesta, ni desviada. De ahí las formalidades de que rodea el testamento. Y al propio tiempo se guarda de extremar sus precauciones al punto de impedir que tal voluntad se manifieste. De ahí, por ejemplo, las disposiciones sobre testamentos menos solemnes, que se dicen también privilegiados, por la prescindencia de ciertos requisitos determinados en ellas, en ciertos casos en que ellas tienen también su precisa determinación; de suerte que, en vista de la realidad de las situaciones respectivas allí contempladas, dejan de ser necesarios tales o cuales de los elementos indispensables en los testamentos plenamente solemnes. Siguiendo prudentemente ese empeño de reconocer la realidad sin menoscabo de la certidumbre, nuestra ley atiende al caso singular de la ausencia de Notario y confiere la autorización establecida en el artículo 1071 del Código Civil. Por su lado el artículo 1077 compensa esta facilidad exigiendo la publicación del testamento y reglamentándola en la forma indicada allí mismo, a fin de que por ante el Juez competente reconozcan los testigos sus firmas y la del testador y abonen, en su caso, las de los testigos ausentes. Esta misma disposición permite la intervención de otras personas fidedignas, "siempre que el Juez lo estimare conveniente". Esto por lo que toca al testamento en sí y a su declaración por el Juez de ser tal. En seguida se ordena allí que el Juez y su secretario rubriquen cada página y que hecha la declaración de testamento nuncupativo, con expresión de su fecha, lo actuado, previo registro, pasará al Notario respectivo.

Múltiples disposiciones legales dan a la firma a ruego el mismo valor que a la firma propia, sin que, por lo mismo, la falta de material de ésta pueda reputarse falta efectiva de firma, en cuanto esté aquella supliéndola o reemplazándola. El artículo 1075 del Código Civil autoriza expresamente la falta de la firma personal en su inciso 2º (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, abril 9 de 1945).

89, 1ª

— V —

VENTA DE DERECHOS FUTUROS

— 267 —

Las adquisiciones con contingencia de lo que le pueda corresponder al vendedor en una sucesión no pueden forzar la adjudicación del respectivo bien al heredero que antes de la partición lo ha enajenado. El texto del artículo 779 del C. C., y en especial el del artículo 1401 del mismo, demuestran que, como corresponde a la contingencia mencionada, bien puede suceder que la partición ulterior no venga a coincidir con tales pactos, lo que coloca los casos en que tal sucede en el de venta de cosa ajena. De lo contrario, estaría a merced de cada cual obtener para sí o para la persona de su escogencia el bien de la sucesión que se le ocurriera preferir, con sólo apresurarse a venderle o ceder sus derechos hereditarios indicando ese bien como objetivo singular de su cesión. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 25 de 1945).

124, 1ª

VENTA DE DERECHOS HEREDITARIOS

— 268 —

La enajenación de derechos en una herencia o sociedad conyugal ilíquida, no es venta de cuerpo cierto. Tales derechos son bienes incorporales, que no cambian su naturaleza porque se vinculen a determinado bien; esa vinculación no pasa de ser una expectativa cuya transmisión en nada afecta la propiedad del bien, que si es de la herencia continua perteneciendo a ella, como antes. El cesionario adquirirá la propiedad singular y corporal siempre que en la partición se le adjudique total o parcialmente el cuerpo cierto de que se trata. De consiguiente, esa clase de enajenaciones no constituyen títulos traslaticios del dominio de bienes raíces. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, agosto 30 de 1945). ..... 919, 1ª y 2ª

VENTA DE UNA MISMA FINCA RAIZ A DOS PERSONAS

— 269 —

En el caso de venta de una misma finca raíz a dos personas, el comprador que primero haya registrado su título será preferido al otro, de acuerdo con el artículo 1873 del Código Civil. La entrega a que ese artículo se refiere es la tradición que forma materia del Título 6º del Libro II de ese Código. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027, agosto 29 de 1945). 916, 1ª

VENTA POR CABIDA

— 270 —

Por más que la deficiencia en la cabida, en llegando a la magnitud de que habla el artículo 1888 **in fine**, dé base al desistimiento, esto es, a la resolución del contrato, no puede desconocerse que allí se reglamenta lo tocante a cabida en una forma especial diferente de como el artículo 1882 reglamenta la resolución nacida de la falta de entrega. A mayor abundamiento es de recordarse que el artículo 1889 recalca sobre la diferencia entre la venta con relación a la cabida y la venta como cuerpo cierto. (Casación, LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024, septiembre 27 de 1945). 439, 2ª

VEREDICTO

— 271 —

El Juzgado como el Tribunal sólo tienen derecho para rechazar el primer veredicto por una sola vez cuando él es contrario a la evidencia de los hechos procesales. Pero dentro de sus atribuciones no está la de rechazarlo cuando es contradictorio; esta facultad es privativa de la Corte —dentro del recurso de casación— cuando la sentencia es acusada por la causal 7ª del artículo 567 del C. de P. P. (Casación, LIX, Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, octubre 29 de 1945). 1013, 1ª

VIOLENCIA CARNAL

— 272 —

Al dar aplicación al artículo 317 del Código Penal, numeral 1º, quedan comprendidas allí todas las consecuencias **naturales**, leves o graves, que sobrevengan a la víctima por razón de su estado de virginidad, es decir, aquellas lesiones genitales que suelen acompañar a la desfloración como resultado del acto mismo, las cuales, incluídas ya en el aumento que ordena la disposición citada, no pueden luégo influír en un nuevo aumento de sanción. De modo que el desgarramiento del periné y de la mucosa vulvar a ese nivel, no pueden considerarse en este caso como un hecho independiente del coito consumado, que

implica voluntad del responsable para hacer más nocivos los efectos del delito, y, por tanto, no hay razón para cargarle al reo un agravante previsto ya como circunstancia modificadora de aquel, porque lo prohibe expresamente el artículo 317 citado. (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 16 de 1945).

195, 2ª

VIOLENCIA CARNAL

— 273 —

Aun cuando en muchos casos pueda ocurrir que la violencia empleada para fines carnales se identifique con el abuso que el criminal hace de las circunstancias de inferioridad personal de la víctima, no puede la Corte aceptar esa identificación como regla absoluta. Puede ocurrir, por ejemplo, que en una mujer dotada de notable fuerza física logre perpetrar el violador su delito mediante el empleo de medios que constituyen fuerza y violencia, sin que la víctima esté de suyo en condiciones de inferioridad. El inciso 2º del artículo 316 del Código Penal contempla una presunción de violencia, presunción de derecho que no admite prueba en contrario, ¿o simplemente trata de erigir en delito contra el honor sexual la unión carnal con persona todavía no apta para ello? (Casación, LIX, Nos. 2019, 2020 y 2021, mayo 21 de 1945).

203, 1ª

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LIX

Artículos	números
CONSTITUCION DE CUCUTA DE 1821	
188	171
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
8	88
19	88
22	88, 89
24	89
26	179
30	6
42	88
69	87, 89
76	59, 152
113	89
116	59
117	87, 89
121	59
149	89
170	95
214	104
ACTO LEGISLATIVO Nº 3º DE 1910	
4	165
ACTO LEGISLATIVO Nº 1º DE 1945	
57	150
CODIGO CIVIL	
13	124
17	76
27	156
63	138
214	134, 144
215	134
219	134
220	134
222	134
237	134
258	10
330	250
337	134
355	134
401	134
402	134, 76
403	134
404	134
406	143
422	10
471	250
535	155
536	155
553	155
555	251
627	138
676	258
762	260
775	260
778	260
779	267
899	248
946	171, 229
947	171, 233
948	233
949	232
950	171, 229
952	171
970	210
1016	10
1068	264
1071	266
1073	264
1075	264, 265

Artículos	números
1076	264
1077	266
1119	264
1120	264
1191	264
1242	82
1356	138
1374	186
1379	186
1401	267
1405	177
1406	177
1407	177
1408	177
1409	177
1410	177
1499	130
1524	92
1535	63
1546	15, 18, 235
1603	197
1604	138, 197
1608	19
1609	235
1610	215
1616	195
1625	120
1630	183
1632	183
1666	258
1668	183
1746	210
1759	154, 236
1760	25
1857	136
1873	268
1882	235, 270
1888	270
1896	248
1899	118
1901	118
1906	118
1930	235, 237
1934	236
1958	235
1982	19
1986	15
1988	15
1990	15
1996	15, 18
1997	15, 18

Artículos	números
2014	17
2019	19
2020	19
2119	138
2124	254
2141	254
2146	166
2150	167
2177	166
2203	138
2313	183
2322	60
2341	240
2342	192, 240
2343	240
2344	205, 240
2345	240
2346	240
2347	138, 239, 240
2348	240
2349	239, 240
2350	240
2351	240
2352	240
2353	240
2354	240
2355	240
2356	200, 202, 238, 240
2357	196, 240
2381	258
2383	130
2385	130
2406	258
2417	210
2521	206

CODIGO DE COMERCIO

356	58
357	58, 130
359	58

CODIGO PENAL

25	178
27	178
28	52
32	109
33	8, 109
36	188

Artículos	números
37	51, 217
38	52
95	194
105	156
107	156
168	213
169	213
171	1, 2, 128
182	128
231	129
232	129
312	108
316	27
317	27
362	52, 178
363	51, 55, 178
384	52
402	108
419	218
420	218

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

24	153
25	153
27	153
29	153
64	128
99	158
102	117
178	158
198	179
199	158, 179
200	158
201	158
273	213
287	153
429	1
473	76
494	158
500	157
511	158
528	179
259	179
563	96
565	96
567	45, 271

CODIGO JUDICIAL

7	190
37	16
205	133
209	15, 16
233	57
329	120
353	122
394	259
448	173, 181, 220
455	181
457	186
461	110
471	38, 43
473	76, 243
474	75, 263
477	263
488	105
519	132, 222
520	34, 36, 38, 43, 44, 145, 186, 220, 246
524	133
545	242
546	242
547	242
553	199, 262
575	79
593	38
594	205
596	204
597	204
604	66
608	33, 67
632	97
636	205
637	245
643	245
647	205
662	216
669	108
670	108
673	259
693	36
709	259
719	91
720	91
721	107
723	107
724	36
732	36, 192
737	139
741	243
752	262
758	204

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Artículos	números
792	155
819	155
820	155
821	155
822	155
823	155
876	243
842	262
941	80
953	186
959	221
967	221
982	111
1008	243
1014	140
1023	243
1030	242
1871	243

CODIGO POLITICO MUNICIPAL

—	169
252	190

CODIGO FISCAL

4	151
61	26
110	151

CODIGO DE MINAS

257	256
257	256

LEYES ESPECIALES

LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1821

—	27

LEY DE 5 DE AGOSTO DE 1823

—	171

LEY 26 DE 1824

—	171

Artículos	números

LEY DE 13 DE MAYO DE 1825

—	171

LEY 57 DE 1887

333	136

LEY 153 DE 1887

8	185, 190
18	6
40	164
43	89
49	124
52	134
91	19, 154
237	134

LEY 98 DE 1888

—	165

LEY 95 DE 1890

1	41, 241
3	134
6	134
11	264

LEY 105 DE 1890

4	133

LEY 169 DE 1896

39	153, 201

LEY 40 DE 1907

167	159

LEY 54 DE 1913

6	108

LEY 76 DE 1920

19	228

Artículos	números
LEY 90 DE 1920	
—	133
LEY 120 DE 1920	
—	252
LEY 46 DE 1923	
54	184
121	184
LEY 64 DE 1923	
—	165
LEY 98 DE 1928	
7	26
LEY 120 DE 1928	
—	28
5º	208
LEY 21 DE 1938	
—	50
LEY 29 DE 1931	
—	68
12	151
LEY 84 DE 1931	
7	95
LEY 52 DE 1931	
11	95
104	89
LEY 28 DE 1932	
—	234

Artículos	números
LEY 22-BIS DE 1936	
—	88
LEY 45 DE 1936	
1	135
LEY 45 DE 1936	
7	134
23	82
—	134, 144
LEY 46 DE 1936	
4	85
LEY 63 DE 1936	
67	174
LEY 96 DE 1936	
—	126
LEY 160 DE 1936	
5	77
7	25
LEY 196 DE 1936	
3	204
LEY 200 DE 1936	
4	18
5	182
17	182
LEY 94 DE 1938	
571	224
724	201
LEY 58 DE 1941	
9	255
—	252

Artículos — números

LEY 22 DE 1942

— | 190, 191

LEY 4ª DE 1943

29 | 157
37 | 157
— | 178

LEY 35 DE 1943

1 | 151
3 | 151

Artículos — números

4 | 151

LEY 29 DE 1945

59 | 86

DECRETO DE 10 DE ABRIL DE 1826

— | 171

NUEVA RECOPILACION

— | 171

INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Abusaid Carlos contra la Nación. Ordinario por incumplimiento de un contrato..... 1095

Afanador Gómez Pedro. Pensión..... 257

Afanador y Cadena Rafael (Monseñor) y Luis E. Moncada contra la sucesión de José Lindarte. Revisión de una sentencia... 726

Aitken William Ernest contra la Nación. Ordinario por perjuicios 258

Alguero Eulogia contra la Compañía Colombiana de Electricidad. Ordinario por perjuicios 441

Andrade Eraso Gerardo. Causa por lesiones personales 217

Anzola Nicasio. Pensión de jubilación..... 1168

Aranguren Servio Tulio. Pensión..... 619

Arias Juan (junior). Especial sobre cumplimiento de una sentencia extranjera..... 129

Arias Galindo Zenón contra Mercedes Gaona y otros. Ordinario de reivindicación... 732

Arredondo Rafael y otros. Abuso de autoridad 980

Avella v. de Parra María del Carmen y otras contra la Nación. Ordinario por perperjuicios 272

— B —

Badillo Antonio. Causa por homicidio..... 492

Ballesteros Efraím. Causa por homicidio y lesiones personales 1029

Barrault Jorge. Propuesta de exploración y explotación de petróleo..... 1217

Bernal Hernández Arturo. Delito de policía 243

Betancourt Florentina contra Manuel F. Blandón y Vicente Serrano. Ordinario de reivindicación 704

Blanco de la Rosa Rafael. Delito de falsedad de que fue absuelto..... 527

Bohórquez Gabriel. Causa por homicidio... 969

Bueno Duque Roberto Mario. Causa por homicidio 214

Burbano Daza Virgilio. Causa por asesinato 185

Butrabi Teófilo. Causa por abuso de confianza 1014

— C —

Caicedo Lozano Jesús Ignacio. Causa por detención arbitraria 197

Canal Sorzano Josué, María Ana y otros contra la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta. Ordinario por perjuicios..... 372

Carrillo E. Enrique contra Antonio José Carrillo. Ordinario sobre invalidez de una sentencia de filiación natural..... 787

Castaño Francisco J. contra Bernardo Jaramilló Sierra. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 141

Castellanos Jesús. Causa por homicidio.... 499

Castillo v. de Delgado Dolores contra el Departamento del Cauca. Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa.. 1115

Castro Vega Carlos A. contra la Nación. Ordinario de reivindicación 596

Castro Trespalacios Guillermo contra la Federación Nacional de Cafeteros. Ordinario por perjuicios 744

Castro Francisco contra la Nación. Ordinario 1188

Collarte Toro Jorge. Extradición..... 211

Compañía Ganadera de "El Medio, S. A." contra Jesús Potes. Recurso de hecho.... 852

Págs.

Compañía de Mosaicos Hidráulicos, S. A. contra Jesús María Tobón. Ordinario de nulidad de un contrato y de reivindicación 937

Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Propuesta de exploración y explotación de petróleo 1190

Coronado Carlos contra Tránsito Losada v. de Coronado. Ordinario de reivindicación 914

Correa María del Rosario contra Elisa Correa Díaz. Ordinario sobre nulidad de un contrato 116

Correa Joaquín E. contra Marta Montoya v. de Moreno y otros. Ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 417

Cortés Popó Lucio. Causa por homicidio... 244

Cortés Angel contra los herederos de Guadalupe Cortés. Ordinario sobre nulidad de la partición de los bienes de ésta..... 869

Cubides R. Carlos. Pensión de jubilación... 1129

Cuervo Pérez Vicente, Jorge y otros contra la Compañía Urbanizadora del Barrio de las Ferias, S. A. y contra Antonio M. Aguirre Meléndez. Ordinario de reivindicación 923

— D —

Decreto Legislativo Nº 1900 de 8 de agosto de 1945, acusado como inconstitucional... 1

Decreto Nº 2736 de 1935, acusado como inconstitucional 12

Decreto Nº 181 de 1942, acusado como inconstitucional 14

Decretos números 1640 y 1644 de 13 y 14 de julio de 1944, sobre Consejos de Guerra Verbales, acusados como inconstitucionales 24

Decreto Nº 2931 de 1944, acusado como inconstitucional 78

Decretos números 625 y 1069 de 1945, acusados como inconstitucionales..... 308

Págs.

Decretos-leyes números 1806 de 1936 y 326 de 1938, acusados como inconstitucionales 313

Decretos números 465, 535 de 1906, 373 y 973 de 1908, 429 y 52 de 1909, 27 y 1024 de 1911, 1258 de 1918, 1640 y 1725 de 1919, acusados como inconstitucionales..... 631

Decretos números 687 de 1943, 1027 de 1943 y 1027-bis de 1943, acusados como inconstitucionales 638

Decreto-ley Nº 1413 de 1942 acusado como inconstitucional 641

De Guzmán Hernando contra la Nación. Ordinario por perjuicios 1065

De la Espriella Rafael Prudencio. Lanzamiento 278

Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company. Ordinario sobre rendición de cuentas 1090

Díaz Pacheco Luis. Causa por robo..... 483

Dorsonville de Molenda Blanca contra Mario E. Dorsonville, Carlos Dorsonville y otro. Ordinario de reivindicación..... 161

Dulcey de Idrobo Carmen contra Manuel José Amaya y Sixto Revolledo. Ordinario de nulidad de un endoso y reivindicación... 861

— E —

Escobar Stevenson Carmen contra el Departamento del Magdalena. Ejecutivo..... 265

Escobar Rosendo contra Manuel E. Escobar. Ordinario de reivindicación..... 411

Espitia José María, Carmen Elisa Martín de Espitia y otras contra la Nación. Ordinario por perjuicios 1158

— F —

Ferreira Agustín y Elvira Liévano contra Angel Ferreira C. Ordinario por perjuicios 762

Fonseca Martín. Causa por violencia carnal. 202

Forero Pompilio contra Alberto W. y María del Carmen Forero Villalobos. Ordinario sobre filiación natural..... 928

Págs.

Franco O. Salvador contra Josefina Pinilla. Ordinario sobre nulidad de una escritura 779

— G —

Galarza de Everhard María Elena contra Alfonso y Félix Antonio Santofimio. Ordinario sobre resolución de un contrato e indemnización de perjuicios 434

García Vásquez Demetrio. Abuso de autoridad en que se declara prescrita la acción penal 530

García Justino contra Abigaíl Perdomo de Ramos, Camilo Perdomo y otros..... 841

Garzón Alfonso contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por pesos..... 563

Gómez v. de Cortés María contra la Nación. Ordinario por perjuicios 1138

González U. Joaquín y Concepción González contra Abraham Holguín. Ordinario de reivindicación 159

González Eugenio y Santiago contra Damián González. Ordinario de reivindicación.... 911

González Porrati Roberto contra la Nación. Ordinario por pesos 1083

González Miguel Angel contra la Nación. Ordinario por perjuicios 1118

Granada Graciano (Hijos) contra éste y contra la sucesión de Raimundo Granada. Ordinario sobre simulación de un contrato.. 824

Guerrero M. Alberto contra Isabel Guerrero de Bucheli, Agustín y Enrique Guerrero y otros. Ordinario sobre nulidad de un juicio, sobre reivindicación, etc..... 847

Gutiérrez Juan de J. contra el Departamento de Antioquia. Ordinario sobre devolución de una suma de pesos..... 569

Gutiérrez Noé y Enrique Salazar contra Luis Iregui. Ordinario sobre liquidación de una sociedad 907

Gutiérrez Murillo Antonio. Causa por lesiones personales 995

Págs.

— H —

Hacienda Real, S. A. contra la Nación. Posesorio 1143

Henao Israel. Causa por homicidio..... 1007

Herrera Crescencio y Juan Bautista o Juan de Dios Liscano. Causa por homicidio.... 474

Hoyos Nemesio contra la Nación. Ordinario por perjuicios 553

Hurtado José Daniel. Causa por homicidio. 1026

— J —

Jaramillo Sánchez Alfonso. Absolución por abuso de autoridad 220

Jaramillo Jaime y Compañía y otros contra Jacobo Jaffe. Juicio de quiebra..... 254

Jiménez Quintero Rodolfo. Causa por homicidio 469

Jiménez Arrechea Santiago contra Pedro Antonio Arrechea. Ordinario sobre nulidad de un testamento..... 667

Jiménez Manuel Vicente contra la Nación. Ordinario por perjuicios..... 1099

Jorge Elías contra la sociedad comercial "Severino & Feoli" y el Banco de Bogotá. Ordinario sobre resolución de un contrato 753

Juez Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca contra Enrique Matiz. Ejecutivo 1105

— L —

La Nación contra el Banco Francés e Italiano y otros. Ejecutivo..... 547

La Nación contra Emiliano Gutiérrez. Ejecutivo 1045

La Nación contra Teodoro Amézquita. Ejecutivo 1047

La Nación contra los herederos de Luis y Gustavo Franco. Ejecutivo..... 1113

Lara v. de Calvo Julia contra Nicolás Melendro Cuenca. Ordinario de reivindicación 392

Págs.

Leaño José Aníbal contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por perjuicios 1109

Ley 35 de 1943 acusada como inconstitucional en sus artículos 1º, 2º y 4º..... 3

Ley 153 de 1887 acusada como inconstitucional 80

Ley 64 de 1923, sobre loterías, acusada como inconstitucional 303

Ley 57 de 1944 acusada como inconstitucional 310

Ley 71 de 1916, Ley 49 de 1931, Ley 62 de 1939, Ley 45 de 1931, Ley 167 de 1941, acusadas como inconstitucionales en algunos de sus artículos..... 633

Ley (Proyecto de ley) "por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de "Matecaña". Inexequibilidad de ese proyecto 645

López Justina y María Josefa contra el Municipio de Cali. Ordinario petitorio de declaración de prescripción extraordinaria de un inmueble 941

Lozano Elina contra Arnaldo y Arnulfo Ramírez. Solicitud de aclaración de una sentencia 804

Lozano A. Jorge contra la Nación. Ordinario por perjuicios 1151

— LL —

Llanos Herminda. Acción petitoria de declaración de prescripción extraordinaria de una finca raíz..... 709

— M —

Malaber Rosa Elena contra Hernando Ruiz Cuevas. Ordinario por perjuicios..... 953

Manotas Arturo Fabio contra la Nación. Ordinario sobre propiedad de un inmueble.. 1165

Manrique Dionisio. Causa por homicidio... 252

Marín Marco Tulio. Causa por homicidio... 537

Martínez Salamanca Antonio. Causa por lesiones personales 534

Págs.

Martínez Jorge C. y Emilio Salas Salazar contra Isaac Pulido y Evaristo Herrera de la Torre. Ordinario por perjuicios..... 775

Martínez Ríos Daniel. Causa por corrupción de menores 1040

Medina Otilia contra Inés Camacho de Montejo. Ordinario sobre filiación natural.... 679

Mejía Lema de Giraldo María Francisca contra Francisco Mejía V. Ordinario sobre pago del valor de una cuota herencial... 855

Mejía Pablo y Hernando. Causa por homicidio 988

Mendoza Daza José Ramón contra Víctor Ruiz Mora y Joaquín Rodríguez Chiari. Ordinario sobre uso de una marca de fábrica 948

Mercado Juan Antonio y María de la Cruz Coronado contra Valentina Coronado. Ordinario sobre nulidad de una partición... 327

Mesa Luis F. contra José J. Escobar y Eleázar Restrepo. Ordinario sobre nulidad de un contrato y revindicación..... 905

Moncada Suescún Víctor. Causa por asesinato 247

Montoya Emilio contra Joaquín Ortiz V. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 150

Morales Carmelina contra Antonio J. Gaviria T. Ordinario sobre restitución del precio de un inmueble y otras acciones..... 810

Moreno Luis Enrique y Efraím Marín. Causa por homicidio 512

Moreno Arquimedes. Causa por lesiones personales 229

Moscoso C. Abdón contra José Manuel de la Torre. Ordinario sobre resolución de un contrato 126

Moyano Sixto y Ofelia Suárez contra María Teresa Gracia. Ordinario de reivindicación 84

Muñoz Leonidas contra Juan B. Pérez. Revisión de una sentencia..... 335

Murillo Leandro. Causa por homicidio..... 172

Págs.

— N —

Nanclares José de los Santos. Causa por lesiones personales 190

Narváez de Tobar María de la C. contra Juan B. Herrera. Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa..... 944

Navarro Jorge H. contra Roberto Suárez Costa. Ordinario sobre rendición de cuentas 873

Niño Raimundo. Causa por homicidio..... 966

— O —

Obando Horacio. Causa por robo..... 1003

Ocampo Patiño Miguel. Causa de responsabilidad 167

Ocampo A. Guillermo contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Excepciones 544

Ocampo de Sader Carlota y Evangelina Ocampo Jiménez contra Isabel Díaz de Quevedo. Ordinario sobre resolución de un contrato 717

Ochoa M. Inés y Ana Luisa contra la sucesión de Antonio Ochoa. Ordinario sobre nulidad de un testamento..... 364

Olano Riascos Tomás contra la Nación. Ordinario por perjuicios..... 1125

Olmedo Londoño. Causa por extorsión en que no se admite la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal de Pereira, doctor Eduardo Orozco Ochoa..... 181

Ordóñez Nepomuceno contra Adolfo Zambrano y Alicia Muñoz de Zambrano. Ordinario por pesos..... 424

Orjuela Dimas y Anita Pardo contra Jorge Ricardo Vejarano. Ordinario por perjuicios 95

Ortega Francisco. Causa por corrupción de menores 175

— P —

Pabón Pinzón Carlos José y Jorge contra Jesús Castellanos. Ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento y restitución de una finca raíz..... 330

Pabón Pinzón Carlos José y Jorge contra Julio Bernal. Ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento y acción subsidiaria de restitución de la finca arrendada 351

Pabón Pinzón Carlos José y Jorge contra Pedro Forero. Ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento... 345

Pacheco de van Meek contra Carlos Adolfo González. Ordinario sobre simulación de un contrato 320

Peñaranda Roque contra la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A. Ordinario por perjuicios 99

Peñuela v. de González Carmen y otros contra la "Compañía Productora de derivados del dulce, S. A." Ordinario por perjuicios 132

Perdomo Julia contra la Nación. Ordinario por perjuicios 1178

Pereira Ramón, Martín Rojas y otro contra la sociedad colectiva Lequerica Hermanos, de Cartagena. Ordinario por perjuicios... 828

Pérez U. Gentil contra Abraham Loaiza. Ordinario de reivindicación 147

Pérez Giraldo Francisco A. contra la Nación. Demanda de pensión..... 612

Pico Librado y Desiderio. Causa por homicidio y heridas 991

Pineda Castillo Roberto. Sobreseimiento definitivo en el sumario que se le siguió por acusación no probada del doctor José Domingo Pulido 997

Pinzón Primitivo contra Aura S. v. de Saavedra e hijos. Ordinario sobre negación de una servidumbre de tránsito..... 387

Pinzón Betulia M. contra la sucesión de José Antonio Pinzón. Ordinario sobre resolución de un contrato..... 918

Plata Rueda Luis Ricardo. Causa por homicidio 976

Págs.

Posada v. de Vargas Emilia contra la Nación. Ordinario por perjuicios..... 575

Poveda D. Samuel contra Saturia Trujillo de Perdomo, Elena Díaz de Cuéllar y otros. Ordinario sobre derechos a unas minas 674

— Q —

Quiñones Paulino. Causa por homicidio y lesiones personales 457

Quintero Dionisio y otro. Causa por homicidio, lesiones personales y robo..... 463

Quiza Dagoberto contra Ana Rita Alvarez. Ordinario por perjuicios..... 378

— R —

Ramírez Pacheco Matías contra Alfonso Jaramillo Bernal, Pedro Iza y otros. Ordinario de reivindicación..... 111

Ramírez Naranjo Juan de la Rosa y otros contra la Nación y contra Miguel Santamaría Caro. Lanzamiento..... 560

Ramírez de Caicedo Elvia y su hijo contra la Nación. Ordinario por perjuicios..... 585

Ramírez María Benicia contra el Departamento del Valle del Cauca. Posesorio.... 1149

Rebolledo Pérez Alfonso. Proceso por cohecho. Sobreseimiento definitivo 973

Renneberg Enrique y otros contra la Tropical Oil Company. Ordinario por perjuicios 819

Restrepo Gonzalo. No se declara con lugar a adelantarle proceso alguno por los cargos que le hizo el doctor Laureano Gómez como a Contralor de la República..... 178

Reyes Prieto Isabelino. Causa por violencia carnal 194

Reyes Rojas Luis contra la Nación. Ordinario sobre dominio de unos yacimientos petrolíferos 592

Rico Cesáreo contra Josefa Rico. Ordinario sobre simulación de un contrato..... 932

Págs.

Rivas Nieva Miguel Angel. Causa por homicidio 1021

Rodríguez Alejandro contra María Antonia González de García. Ordinario de reivindicación 355

Rodríguez Castellanos Virgilio de Jesús contra la Nación. Ordinario por perjuicios. 282

Rodríguez Tarsicio y Eliseo. Causa por homicidio 516

Rodríguez Eduardo contra José Dulcey. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 721

Rojas Justo P. (sucesión) contra Mercedes y Genoveva Rojas. Ordinario sobre objeciones a unas cuentas..... 901

Romero Gumersindo contra la sucesión ilíquida de Miguel Romero. Objeciones a la partición 154

Rubio Romero Rogerio. Causa por lesiones personales 1000

Rueda Jorge A. (cabo). Causa por delito militar 227

— S —

Salcedo Corredor Antonio contra Francisco Salcedo Vargas. Ordinario petitorio de declaración de saneamiento por evicción..... 805

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Enrique Cardoso, Miguel Arteaga e Isaías Chaves a la sentencia que decidió la demanda de inexequibilidad contra la Ley 35 de 1943 9

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo a la sentencia que decidió la acusación de inexequibilidad contra el Decreto Nº 181 de 1942..... 23

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Víctor Cock, José Antonio Montalvo, Domingo Sarasty M. y Arturo Tapias Pilonieta a la sentencia que decidió la acusación de inexequibilidad contra los Decretos números 1640 y 1644 de 13 y 14 de julio de 1944, sobre Consejos de Guerra Verbales .....55 y ss.

Págs.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Domingo Sarasty M. al auto por el cual se ordenó poner en libertad inmediata al doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano por detención arbitraria 200

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Eleuterio Serna R., Pedro Castillo Pineda, Ramón Miranda, Jorge E. Gutiérrez Anzola, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo y Domingo Sarasty M. a la sentencia que decidió la inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de "Matecaña" ..... 65 y ss.

Salvamento de voto del doctor Ricardo Hinestrosa Daza al auto por el cual se admitió el recurso de hecho contra el auto que denegó el de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, dictada en el juicio ordinario de reivindicación seguido por la Compañía Ganadera de "El Medio, S. A." contra Jesús Potes 854

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta al auto por el cual se denegó el desistimiento de Rosa Elena Malaber en el juicio intentado por ésta contra Hernando Ruiz Cuevas, por perjuicios..... 956

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramón Miranda al auto por el cual se decidió a favor del Tribunal Superior de Bogotá la competencia negativa provocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio ejecutivo promovido por la Nación contra Teodoro Amézquita y otros 1049

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramón Miranda al auto por el cual se decidió que correspondía al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y no al Superior de Bogotá el conocimiento del incidente de excepciones propuesto en el juicio ejecutivo del Juez Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca contra Enrique Matiz..... 1107

Schiavenato Livio contra el Departamento de Nariño. Se devuelve el negocio para que el Tribunal de Pasto dicte un fallo no deficiente 1054

Sánchez Arturo contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sur. Ordinario por perjuicios 403

Sarmiento L. Carlos. Acción petitoria de declaración de dominio por prescripción de un terreno 883

Sierra O. Lorenzo contra los herederos de Ignacio Uribe Echeverri. Ordinario sobre impugnación a un deslinde..... 106

Sierra Aura María. Objeciones a la partición sucesoral de los bienes de ésta..... 123

Suárez Heliodoro. Causa por homicidio..... 958

Suárez Yugo Manuel Francisco. Causa por homicidio 961

Suescún Delgado Luis L. contra Víctor Manuel y María Luisa Vera. Ordinario sobre nulidad de un contrato y reivindicación. 767

Svendblad John Oscar contra Edgard S. Schwartz, Blanca Soler y el menor Edwin John. Ordinario sobre impugnación a la legitimidad de éste..... 736

— T —

Talero León Isaac contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios..... 791

Tamayo Raúl y Cupertino. Causa por homicidio 230

Tamayo Raúl y Cupertino. Causa por homicidio 983

Tello Miguel Angel contra Nicomedes Castillo y Segundo Inga. Ordinario petitorio de declaración de inexistencia de un contrato por simulación y otras acciones..... 891

Texas Petroleum Company contra la Nación. Ordinario sobre propiedad de los hidrocarburos existentes en la finca denominada "La Ceiba" 1171

Torres Miguel A. Causa por robo..... 1033

Triana Darío A. y otros contra la Nación. Ordinario por perjuicios..... 1070

Págs.

Trujillo Flórez Roberto. Causa por asesinato 239

— U —

Usuga Ulpiano. Causa por homicidio..... 205

— V —

Valdés Isauro contra la sucesión de Bonifacio Luna. Ordinario petitorio de la obligación del otorgamiento de unas escrituras a favor del actor y otras acciones... 886

Valencia Restrepo Antonio. Abuso de autoridad 524

Vargas Holguín Francisco. Delito militar.. 503

Vásquez Leonidas M. y Trinidad González de Vásquez contra la Nación. Ordinario por perjuicios 1058

Vásquez Toro Federico contra el Departamento de Antioquia. Ordinario por perjuicios 1132

Velasco Joaquín. Causa por homicidio..... 232

Págs.

Velasco Justo. Absolución por el cargo de intervención en la política como Magistrado del Tribunal de Popayán..... 445

Villa Germán contra la Nación y el Municipio de Ibagué. Ordinario sobre resolución de un contrato 1050

Vivas Acosta Arturo contra Luis María y Alfredo Maldonado. Ordinario sobre nulidad de un testamento..... 87

Vivas Acosta Arturo contra Adela Maldonado y sus hijos. Ordinario sobre exclusión de bienes de unos inventarios..... 759

— Y —

Yepes Jorge Enrique. Causa por homicidio. 497

o

— Z —

Zamora de Ochoa Plácida contra Vitelma Burgos de Carrillo. Ordinario de nulidad de un contrato y de reivindicación..... 816

FE DE ERRATAS

No habiendo corregido el armador tipográfico el error, oportunamente advertido, consistente en haber puesto en las doctrinas de la letra P una que correspondía a las de la letra L, lo hacemos notar para que conste que no se nos pasó por alto.

(El Relator de la Corte)